



**António Luís Barata de Brito Carvalho Neves**

**A CIRCUNCISÃO RELIGIOSA COMO TIPO DE  
PROBLEMA JURÍDICO-PENAL**

Dissertação de mestrado científico em Ciências Jurídico-Criminais

2013



**A CIRCUNCISÃO RELIGIOSA COMO TIPO DE PROBLEMA  
JURÍDICO-PENAL**





# **A CIRCUNCISÃO RELIGIOSA COMO TIPO DE PROBLEMA JURÍDICO-PENAL**

**António Luís Barata de Brito Carvalho Neves**

*Dissertação orientada pela Professora Doutora Maria Fernanda Palma*

Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Penais

2013



# Índice

## O problema jurídico-penal da circuncisão religiosa como tema actual

Abreviaturas.....	9
1. A Circuncisão (masculina) de crianças realizada por motivos religiosos e não medicamente indicada como objecto de problematização jurídico-penal .....	12
2. A irrelevância das supostas vantagens médicas – breve referência aos dados médicos .....	13
3. A responsabilidade jurídico-penal dos pais do circuncidado como questão .....	17
4. Actualidade do tema.....	17
5. A Circuncisão religiosa como tipo de problema .....	23
5.1. A força normativa dos factos elimina o problema? .....	24
5.2. A selecção do critério decisório hipoteticamente aplicável.....	29
5.3. A circuncisão religiosa e o sentido intencional problemático abstracto do critério seleccionado – a insuficiência do texto normativo do critério positivo.....	33
6. A experimentação do critério decisório feita por referência ao tipo de problema – a adequação problemática fundamental do critério normativo como fundamentamento da tipicidade.....	36
6.1. Circuncisão religiosa e insignificância .....	36
6.2. A circuncisão religiosa como conduta socialmente adequada? .....	41
6.2.1. A adequação social.....	41
6.2.2. A posição de EXNER.....	43
6.2.3. Crítica da posição de EXNER e tomada de posição .....	49
6.3. A circuncisão religiosa e a exigência de danosidade social .....	79
6.4. A circuncisão religiosa e os castigos corporais .....	90
6.5. A circuncisão religiosa como conduta típica .....	99
6.5.1. O efeito estigmatizante .....	99
6.5.2. Conclusão .....	100
7. A experimentação do critério decisório feita por referência ao tipo de problema – a confirmação do juízo de adequação problemática fundamental do critério normativo como fundamentamento da ilicitude .....	101
7.1. A ilicitude típica .....	101
7.2. O consentimento como causa de justificação da circuncisão religiosa? .....	102
7.2.1. A posição de FATEH-MOGHADAM .....	102

7.2.2. Crítica da posição de FATEH-MOGHADAM e posição adoptada .....	105
7.3. Os direitos dos pais como causa de justificação da circuncisão religiosa? .....	111
7.3.1. Circuncisão religiosa e liberdade religiosa – o problema circular.....	111
7.3.2. A saída do círculo – crítica do recurso à tese dos limites imanentes e posição adoptada: a necessidade de uma ponderação adequada.....	118
7.3.3. Ponderação decisória do conflito entre direitos fundamentais dos pais e do filho .....	137
7.3.4. (Continuação) A posição dos agentes enquanto pais do circuncidado e a criança como pessoa mais pequena .....	144
7.3.5. (Continuação) Restrição dos direitos fundamentais e dignidade humana dos envolvidos ...	152
7.3.6. A coerência da solução obtida face ao tratamento de problemas próximos.....	155
7.3.7. A hipótese do direito à cultura .....	156
7.4. O anti-liberalismo da solução liberal e a hipótese do recuso do sistema normativo .....	158
7.5. A ilicitude típica da circuncisão religiosa e o princípio da proporcionalidade .....	166
8. Abstracção e concreção problemáticas no juízo de culpa .....	177
9. As hipóteses de actuação errónea do agente .....	177
9.1. Primeira hipótese – segunda exclusão do dolo ou exclusão da culpa? .....	178
9.2. Segunda hipótese – a censurabilidade do erro sobre a ilicitude.....	184
10. Circuncisão religiosa e conflito de deveres desculpante .....	189
Conclusões .....	194
BIBLIOGRAFIA.....	195



## Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. - Alínea

AöR – Archiv des öffentlichen Rechts

BFD – Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)

BHM – Bulletin of the History of Medicine

BJ – Betrifft Justiz

BJUI – British Journal of Urology International

CC – Código Civil

Cfr. - Confronte

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. - Edição

GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht

HRRS – Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht

Introd. - Introdução

JA – Juristische Arbeitsblätter

JR – Juristische Rundschau

JuS – Juristische Schulung

JZ – Juristenzeitung

Mass. - Massachusetts

McGill LJ – McGill Law Journal

MedR - Medizinrecht

MEQ – Middle East Quarterly

N.º - Número

NJW - Neue Juristische Wochenschrift

NStZ – Neue Zeitschrift für Strafrecht

NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

Reed. - Reedição

RIDPP – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

RCAS – Robert Schuman Centre for Advanced Studies

RW – Rechtswissenschaft

Supl. - Suplemento

Trad. - Tradução

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UCLR – The University of Chicago Law Review

V. - Vide

ZKJ - Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe

ZIS - Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZRP - Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW - Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



## O problema jurídico-penal da circuncisão religiosa como tema actual

### 1. A Circuncisão (masculina) de crianças realizada por motivos religiosos e não medicamente indicada como objecto de problematização jurídico-penal

A circuncisão constitui uma intervenção cirúrgica realizada nos órgãos genitais. A afectação do corpo em que ela se traduz é a base problemática da presente investigação: a linha questionadora pela qual esta se orienta encara o problema da relevância jurídico-penal daquela afectação corporal.

A circuncisão é realizada desde tempos imemoriais. A referência mais antiga que se conhece encontra-se numa reprodução inscrita no túmulo de Ankhmahor, na necrópole de Saqqara, construída por volta de 2400 a. C. <sup>(1)</sup>. Pelo que parece seguro afirmar que se trata de uma cirurgia realizada há mais de 4000 anos.

A questão que tem fascinado investigadores já era colocada pelos gregos (que conheciam a prática pelos judeus seus contemporâneos): o que pode explicar a tradição de mutilar (sem base médica) os mais novos de um povo ou comunidade? O que nos importa não é, porém, determinar a resposta a esta questão <sup>(2)</sup>, mas sim perceber se a lesão corporal implicada na circuncisão justifica ou não a responsabilização penal do agente que a realizou.

Não teremos em conta toda e qualquer circuncisão, mas apenas a circuncisão masculina religiosa, i. e., a circuncisão de rapazes de 16 anos ou menos realizada por motivos religiosos. Os exemplos mais relevantes (em termos quantitativos e pela sua proximidade da nossa realidade) são a circuncisão judaica e a circuncisão islâmica, pelo que o tratamento do problema vai sobretudo pensado para esses casos.

A circuncisão pode ser masculina ou feminina. Por facilidade de exposição, sempre que falarmos em circuncisão referir-nos-emos à operação realizada em rapazes. Para nos referirmos à circuncisão feminina, falaremos em excisão.

Na sua forma mais simples, a circuncisão traduz-se no corte ou remoção, total ou parcial, do

---

<sup>(1)</sup> V. David L. GOLLAHER, *Circumcision – A History of the World's most Controversial Surgery*, New York: Basic Books, 2000, 1 e ss.

<sup>(2)</sup> Em rigor, ela tem recebido as mais variadíssimas respostas – o que não depende apenas das teorias do investigador ou pensador, mas também da comunidade ou comunidades tidas em conta.

prepúcio (a pele que cobre a glândula ou bálano).

A circuncisão judaica é, porém, tradicionalmente, mais radical do que a islâmica. Com efeito, ao corte da pele esticada (“chituch”), junta-se a completa exposição da glândula através do corte total da ligação do tecido interior do prepúcio ao frênulo (“periah”). Na sua versão mais ortodoxa, segue-se ainda a sucção do sangue do pênis ferido pelo “mohel” (a pessoa que realiza por si mesma a operação no ritual judaico) até o sangue parar de correr (“mezizah”) <sup>(3)</sup> <sup>(4)</sup>.

As outras formas (mais gravosas) que a operação pode assumir <sup>(5)</sup> não nos interessarão, visto que estas são as que caracterizam predominantemente a circuncisão judaica e a islâmica.

Os judeus circuncidam os seus filhos no oitavo dia a contar do nascimento, conforme o que está determinado na Bíblia: “Oito dias depois de nascer, toda a criança do sexo masculino, das vossas gerações futuras, será circuncidada por vós” <sup>(6)</sup>. Já entre os muçulmanos não há uma data obrigatória, mas é geralmente realizada antes de a criança atingir a puberdade <sup>(7)</sup>. Pelo que a circuncisão religiosa que temos em consideração é sempre realizada em crianças, bebés ou não.

## 2. A irrelevância das supostas vantagens médicas – breve referência aos dados médicos

A circuncisão religiosa é realizada independentemente das consequências, em termos de saúde,

---

<sup>(3)</sup> V. I. BROYDÉ, “Circumcision”, in Isidore Singer (ed.), *The Jewish Encyclopedia*, 4.º vol. (*Chazars – Dreyfus Case*), New York/London: Funk & Wagnalls Company, 1903 (92-102), 99-100; GOLLAHER, *op. cit.*, 25-26; Sami Aldeeb ABU-SAHLEH, *Circumcision Masculine et Féminine – Débat Religieux, Médical, Social et Juridique*, 2.ª ed., Centre de Droit Arabe et Musulman, 2012, 12-13.

<sup>(4)</sup> Encontramos as raízes históricas para esta maior radicalidade na época do exílio do povo hebreu na Babilónia (587-522 a. C.). Com a imposição deste corte radical, os sacerdotes procuravam impedir os judeus de esconderem a sua identidade (v. GOLLAHER, *op. cit.*, 13 e ss.). Essa preocupação acentua-se a partir do momento em que as representações estéticas gregas ganham predominância com Alexandre o Grande (séc. IV a. C.). Os gregos preferiam o prepúcio longo ao curto, associando aquele à respeitabilidade e este à indecência, na medida em que permitia uma maior exposição [v., sobre as representações estéticas greco-romanas do prepúcio e a sua repercussão na visão do pênis circuncidado como deficitário, Frederick M. HODGES, “The Ideal Prepuce in Ancient Greece and Rome”, *BHM*, 75 (3), 2001 (375-405), *passim*]. Muitos judeus desejavam então disfarçar ou mesmo corrigir a sua circuncisão (através de procedimentos como o conhecido, em grego, por *epispasmos*), de modo a poderem ter acesso (frequentemente proibido aos circuncidados) aos banhos públicos ou aos Jogos (em que os combatentes lutavam nus). E, sobretudo com as revoltas contra Roma e as consequentes perseguições aos judeus, aquele desejo de esconder uma marca tão distintiva podia ser reconduzido, afinal, à preocupação pela sobrevivência: v. GOLLAHER, *ibidem*; Robert G. HALL, “Epispasm – Circumcision in Reverse”, *Bible Review*, 8 (4), 1992 (52-57), *passim*.

<sup>(5)</sup> V. ABU-SAHLEH, *ibidem*.

<sup>(6)</sup> Gn 17, 12. Para uma transcrição das passagens dos livros canónicos e deuterocanónicos que referem a circuncisão, v. ABU-SAHLEH *ibidem*, 25 e ss. Para uma explicação da importância da circuncisão no judaísmo, v. J. M. GLASS, “Circumcision: a Jewish View”, *BJUI*, 83 (1), 1999 (17-21).

<sup>(7)</sup> V. GOLLAHER, *ibidem*, 46-47.

para o visado. Não são razões médicas que a justificam. Esta operação constitui, por isso, uma intervenção cirúrgica realizada num órgão saudável, sem base médica, implicando assim uma lesão corporal que não tem por fim qualquer efeito curativo.

É bastante comum na nossa sociedade (como noutras) a percepção da circuncisão como uma lesão corporal de pouca gravidade, bem como a ideia de que ela comporta vantagens médicas de cariz preventivo. É importante esclarecer este ponto.

Não devemos perder de vista que pelo simples facto de implicar a remoção de um pedaço importante (em termos, desde logo, de dimensão) de pele do órgão sexual, a circuncisão constitui uma verdadeira mutilação genital.

A operação é extremamente dolorosa para quem a sofre. Já está mais do que ultrapassada a ideia, em tempos bastante difundida (se bem que ainda hoje não erradicada de todo), de que os bebés não sentem dor. A utilização da anestesia não é frequente; ela comporta riscos para os recém-nascidos, sendo mesmo proibida a utilização de alguns anestéticos nestes casos. De todo o modo, mesmo quando aplicada com sucesso, ela não muda o facto de que ocorre uma lesão corporal, nem evita as dores sentidas no período pós-operatório.

A circuncisão, como operação cirúrgica que é, comporta o risco de complicações para a saúde, que vão desde hemorragias até à morte do circuncidado <sup>(8)</sup>. Para além das complicações que podem resultar da cirurgia, a remoção do prepúcio pode implicar para o circuncidado consequências prejudiciais que, por estar em causa um procedimento irreversível, são permanentes.

Estas consequências podem ter cariz sexual. Em primeiro lugar, a circuncisão envolve a ablação de um pedaço de pele com mais de um metro de veias e artérias, bem como com uma grande concentração de nervos, podendo muito provavelmente resultar numa perda de sensibilidade para o circuncidado. Além disso, envolvendo a remoção das glândulas produtoras de esmegma (que constitui

---

<sup>(8)</sup> Para uma lista das possíveis consequências em termos de saúde física, v. ABU-SAHLEH, *Circumcision Masculine et Féminine*, 200-203. Aí se dá conta de uma história que vale a pena conhecer, para se levar a sério a preocupação com as incertezas da ciência médica sobre algumas cirurgias e com a facilidade com que a mesma ciência encara a transformação do corpo e da identidade dos pacientes. Referimo-nos ao caso de uma circuncisão, realizada em 1963, que correu mal, tendo dela resultado danos irreparáveis para o órgão sexual do circuncidado. Depois de consultarem especialistas médicos, os pais do rapaz decidiram que o melhor seria sujeitá-lo a uma nova cirurgia que lhe mudasse o sexo e o tornasse uma rapariga. Foi o que aconteceu, tendo ainda sido dadas à criança hormonas femininas e tendo o seu nome sido mudado de John para Joan. Outros casos do mesmo género se lhe seguiram, em virtude de aquele ser tido como bem sucedido. Só que o sucesso era apenas aparente: Joan não se adaptou à sua nova identidade e com a idade de 14 anos colocava já a hipótese de se suicidar. Acabou por descobrir a verdade, nunca tendo conseguido resolver o seu problema por completo. A revista *Time* deu conta deste caso no seu n.º de 24.3.1997. V. também, por exemplo, James L. SNYDER, “Complications of Circumcision: A Urologist’s Viewpoint”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Autonomy: Protecting personal Choice*, New York: Springer, 2010 (81-84); Christopher FLETCHER, “Penile Wounding: Complications of Routine Male Circumcision in a Typical American Family Practice”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (85-99).

uma matéria lubrificante), a circuncisão pode tornar o acto sexual uma experiência mais dolorosa para ambos os parceiros sexuais <sup>(9)</sup>. Quanto a consequências permanentes de outro tipo, vem crescendo o número de defensores da ideia de que a circuncisão resulta muitas vezes em efeitos psíquicos (traumáticos) para quem a sofre enquanto recém-nascido <sup>(10)</sup>.

Quanto à percepção comum das supostas vantagens da circuncisão, comecemos por salientar o seguinte ponto. A circuncisão é talvez a operação cirúrgica que recebeu o maior número de justificações médicas, bem como as mais variadas. A falta de fundamento das mesmas vai sendo sucessivamente demonstrada, mas isso não impede o aparecimento de novas propostas de justificação da realização da circuncisão com base médica.

Uma das justificações mais recorrente é de cariz higiénico: a manutenção do prepúcio implicaria a produção de impurezas que podem resultar em patologias. Muitos opositores da circuncisão, porém, não recusando estas vantagens higiénicas, limitam-se a notar um facto muito simples: elas podem ser alcançadas com hábitos de higiene rotineiros; não exigem, de modo nenhum, a medida extrema da circuncisão – do mesmo modo que podemos lavar os dentes todos os dias, não precisamos de os arrancar para evitar infecções.

Muitas vezes se invoca também a prevenção do cancro do pénis, da fimose, de infecções das vias urinárias ou da sida.

Relativamente ao primeiro, tudo terá começado com a ideia pré-concebida de que os judeus são imunes àquela doença; a partir daí, construiu-se a teoria de que tal se deveria ao facto de serem circuncidados, não estando, por isso, sujeitos às substâncias patogénicas alegadamente produzidas pelo esmegma. A mesma teoria foi depois usada para fundamentar a atribuição de um efeito preventivo do cancro da próstata à circuncisão. Contudo, apareceram vários estudos a demonstrar que é muito pouco provável que o esmegma tenha os referidos efeitos preventivos; a questionar os dados estatísticos dos estudos que defendem a existência destes efeitos; a mostrar que o número dos casos de morte por cancro do pénis equivale ao número de casos de morte por acidentes ocorridos durante a circuncisão (sem contar com as complicações) <sup>(11)</sup>.

Relativamente à fimose, alguns estudos já demonstraram que a alegação das vantagens da cir-

---

<sup>(9)</sup> V. ABU-SAHLIEH, *op. cit.*, 206 e ss.; John WARREN, “Physical Effects of Circumcision”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Autonomy: Protecting personal Choice*, New York: Springer, 2010 (75-79).

<sup>(10)</sup> Tem-se destacado neste tema o trabalho de Ronald GOLDMAN: v., deste autor, *Circumcision – The Hidden Trauma – How an American Cultural Practice Affects Infants and Ultimately Us All* (prefácio de Ashley Montagu) Boston: Vanguard Publications, 1997; *idem*, “The psychological impact of circumcision”, *BJUI* (1999), 83 (supl. 1), 1999 (93–102). V. também, por exemplo, George C. DENNISTON, “The Harm of Circumcision”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (59-68), 63-64.

<sup>(11)</sup> GOLLAHER, *Circumcision*, 142-145.

circuncisão nesse domínio se baseava numa incompreensão do que é a própria fimose. Tendo-se redefinido o estado patológico e o estado saudável, a base para a necessidade do remédio caiu. E mesmo nos casos de fimose, a operação cirúrgica não é inevitável <sup>(12)</sup>.

Quanto às infecções das vias urinárias, ainda que os alegados efeitos preventivos existissem, a taxa de prevenção seria tão baixa que não compensa a dos riscos que a operação envolve. Alguns estudos têm, de todo o modo, demonstrado que esses efeitos preventivos são muito duvidosos. Diga-se também que sendo estas infecções muito mais frequentes entre as mulheres, sempre se poderia perguntar porque se deverá tratar estas com antibióticos e os homens com uma mutilação genital <sup>(13)</sup>.

Por fim, a teoria de que a circuncisão constitui um meio preventivo no combate contra a SIDA, entre outros problemas, não encontra sustento nos dados estatísticos, não conseguindo os estudos que sustentam essa teoria explicar por que motivo alguns países onde se pratica a circuncisão têm uma percentagem de casos de SIDA bem maiores que outros países onde ela não é praticada; nem explicam por que motivo a distribuição da percentagem do número de circuncisões realizadas e a percentagem de casos de SIDA não é uniforme mesmo dentro dos Estados Unidos <sup>(14)</sup>.

Tem-se escrito milhares de livros e artigos sobre os riscos e vantagens que, alegadamente, a circuncisão envolve. Pela nossa parte, não vamos desenvolver este ponto, porque cremos que esta discussão contribui para obscurecer o essencial. A questão não aparece apenas nos riscos que a circuncisão possa envolver. Mesmo que ela não envolvesse risco nenhum, o problema, na sua essencialidade, manter-se-ia intocado: a circuncisão traduz-se na amputação irreversível e sem justificação médica de uma parte saudável do corpo da criança. Por si só, este é já um dano que coloca um problema. Pelo que perde importância o sucesso que os defensores desta tradição religiosa possam vir a ter (e que não têm tido até agora) em mostrar que os riscos para a saúde envolvidos pela operação são ilusórios <sup>(15)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> V. ABU-SAHLEH, *op. cit.*, 248-251.

<sup>(13)</sup> V. *idem.*, 251-252.

<sup>(14)</sup> V. GOLLAHER, *op. cit.*, 149 e ss.; Charles L. GESHEKTER, "Dangerous Myths and Tragic Misconceptions: Fighting HIV and AIDS Cases in Africa with Male Circumcision Strategies", in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (271-284).

<sup>(15)</sup> Assim, Robert DARBY, "Parental Authority, Circumcision and the Child's Right to an open Future: Will the real Dena Davis please stand up?", 2010, 24 e ss.; Marie FOX/Michael THOMSON, "Reconsidering 'Best Interests' – Male Circumcision and the Rights of the Child", in George C. Denniston et al. (ed.), *Circumcision and Human Rights*, New York: Springer, 2009 (15-31), 27-28.



### **3. A responsabilidade jurídico-penal dos pais do circuncidado como questão**

Se pensarmos na hipótese simples de um ateu, movido por um prazer sádico de torturar ou por objectivos de repressão sexual, mutilar os órgãos genitais de uma rapariga, que pode até ser sua filha, podemos avançar com segurança que a esmagadora maioria dos membros da nossa sociedade veriam aqui uma conduta reprovável; e, com a mesma segurança, que a generalidade dos juristas entenderia haver um crime. Poderá a circuncisão religiosa escapar ao mesmo juízo?

A mutilação genital feminina (excisão) é, em geral, reprovada, excepto pelos agentes que a praticam. A mutilação genital masculina (circuncisão), pelo contrário, na nossa sociedade como noutras, não é vista como reprovável pelos não praticantes. Cabe perguntar se se justificará a diferença de perspectivas.

Não encaramos a circuncisão religiosa em todas as dimensões possíveis de significação culturalmente relevante, mas apenas na medida em que coloca um problema jurídico-penal. O nosso estudo tem uma direcção muito concreta: apurar se os autores da circuncisão religiosa devem ou não ser punidos pela sua conduta.

Por autores ou agentes da circuncisão religiosa entendemos os pais da criança circuncidada. Por norma, não são eles que realizam a operação por si mesmos. Mas são eles quem decide se ela tem ou não lugar, pelo que é na sua posição que se centrará o nosso estudo. No tipo de casos que nos vai ocupar, os pais são quem instiga o autor material da cirurgia, cumprindo saber se eles devem ou não ser punidos como autores por um crime.

### **4. Actualidade do tema**

A discussão sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente os agentes da circuncisão religiosa é neste momento um tema quente em países com sistemas jurídico-penais de que o nosso sistema se aproxima bastante – em particular, a Alemanha.

Se bem que a discussão não tenha começado em 2012, ela explodiu com uma decisão de 7 de Maio desse ano, em que o Landgericht Köln (doravante, Tribunal de Colónia) apreciou a responsa-

bilidade jurídico-penal de um autor material de uma circuncisão religiosa <sup>(16)</sup>.

O arguido, um médico, realizara uma circuncisão não medicamente indicada num rapaz de 4 anos, a pedido dos pais muçulmanos deste. Apesar de a cirurgia ter sido levada a cabo segundo as *leges artis* (e com aplicação de anestesia local), uma hemorragia obrigou a mãe a levar o filho ao departamento de urgências do hospital da Universidade de Colónia dois dias depois. Foi aí que os médicos, por falhas na comunicação com a mãe, terão percebido erradamente que estes não haviam dado o consentimento para a cirurgia ser realizada e fizeram a denúncia às autoridades <sup>(17)</sup>.

Não obstante o equívoco ter sido esclarecido, o agente foi acusado pelo crime previsto no § 224 do Código Penal alemão (que prevê uma forma agravada de ofensa à integridade física). O Amtsgericht Köln decidiu-se pela absolvição do arguido <sup>(18)</sup>, entendendo que a sua conduta, embora típica, estava justificada por consentimento dos pais e que a decisão destes fora de encontro ao bem da criança. Destacou o facto de esta operação ter o efeito de evitar a estigmatização da criança na comunidade respectiva e, por fim, considerou ainda importante atender às alegadas vantagens médico-preventivas que a circuncisão implicaria.

Na decisão do recurso, o Tribunal de Colónia teve um entendimento diferente, decidindo-se pela ilicitude típica da conduta do arguido (se bem que por referência ao § 223, que pune a ofensa corporal). Recusou expressamente a hipótese de considerar a circuncisão religiosa uma conduta socialmente adequada, na medida em que a adequação social não pode permitir ir contra a desaprovação típica de uma conduta. Considerou que o direito dos pais à educação religiosa dos seus filhos não pode prevalecer sobre os direitos destes à integridade física e à autodeterminação, indo a decisão dos pais contra o bem da criança. Deste modo, recusou também a possibilidade de a conduta estar justificada por consentimento dos pais. Mais explicou que os direitos fundamentais dos pais têm por limites imanescentes os direitos fundamentais do filho (à integridade física e à autodeterminação). Na determinação do âmbito dos direitos fundamentais, sustentou que se deveria atender ao princípio da proporcionalidade. Mesmo que se tivesse por necessária a imposição de um limite ao direito à inte-

---

<sup>(16)</sup> Para dizê-lo nos termos de Hans LILIE, esta decisão foi o bater de asas que despoletou a tempestade: v., deste autor, “Vom Flügelschlag eines Schmetterlings zum Sturm – Vom Landgericht Köln zu der Debatte über die Beschneidung” (versão pré-public.), 2012. A decisão pode ser consultada em [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg\\_koeln/j2012/151\\_Ns\\_169\\_11\\_Urteil\\_20120507.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html). Sobre as decisões de tribunais alemães que lidaram antes com casos de circuncisão religiosa (sem, no entanto, decidirem sobre a ilicitude da mesma), v. Holm PUTZKE, “Juristische Positionen zur religiösen Beschneidung, Besprechung von OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2007 (4 W 12/07)”, NJW, 61 (22), 2008 (1568–1570), 1568.

<sup>(17)</sup> V. Zülfikar ÇETIN/Salih Alexander WOLTER, “Forsetzung einer »Zivilisierungsmission«: Zur deutschen Beschneidungsdebatte”, in Zülfikar ÇETIN/Heinz-Jürgen Voß/Salih Alexander WOLTER, *Interventionen gegen die deutsche »Beschneidungsdebatte«*, Münster: Edition Assemblage, 2012 (15-50), 16 e ss.

<sup>(18)</sup> Esta decisão está disponível em [http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ag\\_koeln/j2011/528\\_Ds\\_30\\_11\\_Urteil\\_20110921.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ag_koeln/j2011/528_Ds_30_11_Urteil_20110921.html)

gridade física do filho, ela não cumpriria nunca neste caso, porém, o requisito da proporcionalidade em sentido estrito. De seguida, considerou que o facto de a circuncisão implicar uma transformação irreversível do corpo da criança torna-a contrária ao direito desta de decidir por si mesma sobre a inscrição no corpo de uma marca visível de pertença à religião islâmica.

Não obstante, o Tribunal de Colónia absolveu o arguido com base na exclusão da culpa. Considerou que o médico agira em erro sobre a ilicitude não censurável, devido à invencibilidade do mesmo.

Esta decisão – em particular, a consideração da circuncisão religiosa como conduta típica e ilícita – desencadeou uma série de reacções dos mais diversos quadrantes – desde os naturais protestos dos representantes das comunidades religiosas até filósofos, passando por políticos e, claro, juristas <sup>(19)</sup>. Face à polémica criada e com receios políticos facilmente perceptíveis, o Governo Federal apressou-se a elaborar um Projecto <sup>(20)</sup> para criar uma lei destinada a clarificar a legitimidade da prática da circuncisão religiosa <sup>(21)</sup>.

Essa lei entrou em vigor a 28 de Dezembro de 2012 e introduziu no Código Civil alemão o § 1631d, que dispõe que o complexo de direitos dos pais face aos seus filhos abrange a possibilidade de consentir na sujeição do filho incapaz de compreender e decidir a uma circuncisão não medicamente indicada, desde que esta seja realizada de acordo com as *leges artis* e desde que a circuncisão, tendo também em conta o seu fim, não ponha em perigo o bem da criança. Esclarece-se ainda que nos primeiros meses após o nascimento da criança a circuncisão pode ser realizada por alguém designado para o efeito por uma entidade religiosa, desde que especialmente formado para isso e, não sendo um médico, se mostre preparado para realizar a operação <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> V. ÇETIN/WOLTER, *op. cit.*

<sup>(20)</sup> Este Projecto está disponível em

[http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CE0QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.tagesschau.de%2Ffinland%2Fbeschneidungsgesetzentwurf100.pdf&ei=GuNRUoX\\_J6qV7QbbyoCABw&usq=AFQjCNGzhz-ZH3hJ\\_715wYsG\\_UmW-ggBnQ&sig2=qbuZHHtDVXZ4CMumv28fhg&bvm=bv.53537100,d.ZGU](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CE0QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.tagesschau.de%2Ffinland%2Fbeschneidungsgesetzentwurf100.pdf&ei=GuNRUoX_J6qV7QbbyoCABw&usq=AFQjCNGzhz-ZH3hJ_715wYsG_UmW-ggBnQ&sig2=qbuZHHtDVXZ4CMumv28fhg&bvm=bv.53537100,d.ZGU)

<sup>(21)</sup> Referindo-se em tom muito crítico ao processo político neste caso, Frank CZERNER, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit?” (1.ª parte), *ZKJ*, 10, 2012 (374-384), por exemplo, 375; v. também Winfried HASSEMER, “Zwar & Aber – Zwischenruf zum Beschneidungsrecht”, *ZRP*, 45 (6), 2012 (179-181), *passim*.

<sup>(22)</sup> Como se vê, a lei não limita a legitimidade da prática da circuncisão a certas minorias culturais ou religiosas, o que permite afirmar que está legitimada a circuncisão realizada por qualquer motivo ou em qualquer contexto. Não se especificando o motivo, e parecendo ser possível realizar a circuncisão também fora de um centro hospital, pode dizer-se que “esta lei decide que se pode fazer [a circuncisão] de uma maneira ou de qualquer outra”. É verdade que há a limitação da não colocação em perigo do bem da criança. No entanto, a confirmar-se que toda a circuncisão não medicamente indicada vai contra o interesse da criança e que, deste modo, é a própria lei a impossibilitar o que queria permitir [v. Rolf Dietrich HERZBERG, “Die Beschneidung gesetzlich gestatten?”, *ZIS*, 7 (10), 2012 (486-505), 486], poderemos dizer com ainda mais razão que “esta lei decide que não decide nada”. Estamos, como se vê, muito próximos da ironia absurda das leis do Senhor Kraus: v. Gonçalo M. TAVARES, *O Senhor Kraus* (com desenhos de Rachel Caiano), Lisboa: Caminho,

O debate não terminou com a entrada em vigor da lei, nem parece que vá terminar depressa. Têm aparecido muitos juristas a criticar a decisão do Tribunal de Colónia e a saudar (com mais ou menos reservas) a nova lei, mas a verdade é que outros insistem em defender a ilicitude penal da prática da circuncisão religiosa.

Se esta discussão é actualíssima na Alemanha, não se pode dizer que ela se limite a esse país – longe disso. Nem muito menos se pode pretender tratar-se de um debate específico dos dias de hoje. Em rigor, a questão de saber se justifica ou não a permissão da prática da circuncisão religiosa, não obstante tratar-se de uma mutilação genital, conta milénios, aparecendo já na Roma Antiga <sup>(23)</sup>.

Em três dos cinco países nórdicos – Dinamarca, Suécia e Finlândia – a discussão sobre a legitimidade da prática da circuncisão tem também a sua história <sup>(24)</sup>. Mas só na Suécia há uma lei sobre a matéria, autorizando a prática da circuncisão por um médico ou, no caso de bebés de menos de 2 anos, por outra pessoa na presença de um médico ou alguém especificamente designado para o efeito. Dispõe também que, independentemente da idade, a recusa da criança em submeter-se à operação deve sempre ser respeitada. O espírito desta regulação terá sido o de garantir que as circuncisões, sendo inevitáveis, sejam pelo menos realizadas em condições sanitárias decentes <sup>(25)</sup>.

A questão é já clássica nos Estados Unidos, onde os termos do debate são, porém, muito diferentes: é que nesse país a circuncisão é (ainda) realizada como operação de rotina na maioria dos recém-nascidos <sup>(26)</sup>. Não se discute tanto se os judeus ou os muçulmanos devem ter o direito de circuncidar os seus filhos, porque a verdade é que a maioria das pessoas faz isso mesmo (pelas mais variadas razões). A discussão orienta-se, assim, para questões de política de saúde e de defesa dos direitos das crianças, sem se procurar atender às especificidades culturais de alguns casos – precisamente aqueles que nos vão ocupar no presente trabalho.

Enfim, não aprofundaremos o tratamento que tem sido dado ao problema da circuncisão nos

---

2005 (as expressões citadas constam, respectivamente, das páginas 88 e 87). Para uma perspectiva favorável da lei, v., entre outros, Stephan RIXEN, “Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes”, *NJW*, 66 (5), 2013 (257-262). Para uma perspectiva crítica, v. Tonio WALTER, “Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative”, *JZ*, 67 (22), 2012 (1110-1117).

<sup>(23)</sup> Ra’anan ABUSCH, “Circumcision and Castration under Roman Law in the Early Empire”, in Elizabeth Wyner Mark (ed.), *The Covenant of Circumcision – New Perspectives on an Ancient Jewish Rite*, Brandeis University Press, 2003 (75-86). A verdade é que, como explica o autor, não obstante as restrições que foram sendo impostas à prática, nenhum imperador romano proibiu os judeus de circuncidarem os seus filhos.

<sup>(24)</sup> V. Johanna SCHIRATZKI, “Banning God’s Law in the Name of the Holy Body – The Nordic Position of Ritual Male Circumcision”, *The Family in Law*, 5, 2011 (35-53);

<sup>(25)</sup> V. *ibidem*.

<sup>(26)</sup> Sobre as razões históricas para isso, v. GOLLAHER, *Circumcision*, 73 e ss.

vários países onde ele tem sido colocado <sup>(27)</sup>. Com estas notas breves pretendemos apenas fazer passar a ideia de que este pode não ser hoje um tema em Portugal, mas é-lo em muitos outros lugares. No fim do estudo, cremos que se concordará que ele deve passar a sê-lo também entre nós – mesmo quando se sustente soluções divergentes.

---

<sup>(27)</sup> Sobre o problema da circuncisão nos outros países, sob várias perspectivas, v., por exemplo, Myung-Geol PANG/Sae Chul KIM/Ano Daisik KIM, “Male Circumcision in South Korea: History, Statistics, and the Role of Doctors in Creating a Circumcision Rate of Over 100%”, in George C. Denniston et al., *Understanding Circumcision – A Multidisciplinary Approach to a Multi-Dimensional Problem*, New York: Springer, 2001 (61-81); os seguintes trabalhos constam da mesma obra: Robert DARBY, “A Source of Serious Mischief: The Demonization of the Foreskin and the Rise of Preventive Circumcision in Australia” (153-197); Ken MCGRATH/Hugh YOUNG, “A Review of Circumcision in New Zealand – ‘I never liked doing them and I was pleased to give them up’” (129-146); Franco VIVIANI/Gian Luca COSTARDI/Lisa CAPPAROTTO/Pia Grassivaro GALLO, “Male Circumcision in Italy”, in George C. Denniston, *Body Integrity and the Politics of Circumcision – Culture, Controversy and Change*, New York: Springer, 2006 (141-147); Primus LAKE, “Traditional Male Circumcision in West Timor, Indonesia: Practices, Myths, and Their Impact on the Spread of HIV and Gender Relation”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Circumcision and Human Rights*, New York: Springer, 2009 (155-174).

## **PARTE I – Um Problema de Ilícitude Típica**

## 5. A Circuncisão religiosa como tipo de problema

A procura da resposta para um problema jurídico-penal só pode mostrar-se adequada quando for susceptível de revelar o mérito problemático do caso decidendo. A elaboração decisória da solução para o caso concreto terá de se estruturar num adequado juízo de relevância da especificidade problemática do caso, por um lado, sem deixar de constituir a concretização da intencionalidade jurídica, por outro. Dito de outro modo, a realização do direito no caso concreto comporta uma dimensão sistemática e uma dimensão problemática.

Essa realização não se fará através de um procedimento normativista de aplicação lógica da norma legal ao caso concreto. Guiando-nos pela ideia de que a maioria das normas penais (incluindo, portanto, os tipos penais) contêm apenas critérios de decisão (e não decisões prescritivas acabadas, à espera de serem copiadas ou transcritas na elaboração da solução do caso concreto), entendemos que a decisão do caso concreto se obtém por meio de uma normativa constituição do direito.

Assim, a circuncisão religiosa será encarada como o ponto de partida, o acontecimento que, na sua problematicidade, interpela o sistema normativo e pede uma solução judicativa. Só um critério normativo (tipo penal) passível de relevar devidamente o mérito problemático da circuncisão religiosa poderá ser tido como um critério adequado de solução para este problema. Poderemos então falar de ilicitude típica – e a solução será obtida por mediação desse critério.

O problema que nos propomos analisar é, então, o da circuncisão sem indicação médica, realizada em rapazes incapazes de consentir e motivada por imposições religiosas.

Já aqui, porém, se nos apresenta uma dificuldade: em rigor, isto não é um caso – não indicámos nenhuma situação concreta. Enunciámos antes notas distintivas que terão de se verificar numa situação histórica concreta para podermos considerá-la pertinente, i. e., para podermos dizer que as conclusões da investigação vão referidas a essa situação concreta. De certo modo, não enunciámos um caso, mas um tipo de casos.

Esta opção parece prejudicar *ab initio* a investigação. Que resposta estaremos em posição de dar, se não começamos por concretizar o problema, por densificá-lo, individualizá-lo enquanto situação histórica vivida num dado momento, a transcender na interrogação pela sua validade?

A presente investigação não procura, porém, sustentar a decisão de um verdadeiro problema

jurídico concreto <sup>(28)</sup>. As notas distintivas que identificámos são as suficientes para os propósitos do trabalho. São estes dados que vamos construir como elementos problemáticos. Ao seu conjunto nos referiremos quando falarmos em circuncisão religiosa. É por referência a eles que mobilizaremos as relevantes intenções axiológicas do sistema, de modo a perceber em que medida as normas criminalizadoras oferecem uma solução de princípio a casos que reúnam as notas distintivas referidas.

Temos em conta que os casos concretos apresentarão sempre particularidades únicas e irrepetíveis – um problema jurídico concreto é sempre um novo problema. Não obstante, acontece com frequência que o caso a decidir re-apresenta um certo tipo de problema – tipo esse que é, portanto, reposto na nova situação objecto de uma decisão judicativa. E é um tipo de problema que vamos ter em conta, não um caso concreto.

Procuraremos mobilizar a normatividade sistemática relevante por referência ao tipo de problema que identificámos. Sejam quais forem as conclusões que obtivermos – e sendo elas pertinentes para todas as situações que importem uma reposição deste tipo de problema – elas sempre estarão sujeitas a adaptações em função dos circunstancialismos de cada situação histórica concreta.

Essas adaptações poderão até resultar numa solução do caso concreto diferente – e, eventualmente, até muito afastada – do que parecia ser o caminho apontado pela intencionalidade normativa que identificaremos. Não obstante, esta investigação não perderá, por isso, relevância – não, pelo menos, na medida em que conseguir identificar – e é esse o nosso intento – pontos de passagem obrigatória no(s) processo(s) de construção da(s) decisão(ões) judicativa(s) do(s) caso(s) concreto(s) de circuncisão religiosa, bem como tomar posição em cada um deles.

### **5.1. A força normativa dos factos elimina o problema?**

A nossa apreciação do problema da circuncisão religiosa começa por se debater com a questão de saber se há, de facto, um problema. A circuncisão religiosa tem sido uma prática inquestionada desde sempre em Portugal. Não há sequer registo de uma decisão de um tribunal sobre a mesma. Coloca-se a questão de saber se este entendimento instalado de que a circuncisão religiosa não constitui um problema deve ou não relevar na apreciação jurídica da conduta. Esta questão liga-se clara-

---

<sup>(28)</sup> Sobre o caso prático como problema jurídico concreto, v. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 159-162.



mente a uma outra: a da procedência da teoria da força normativa dos factos <sup>(29)</sup>. Tratar-se-ia aqui, no fundo, de reconhecer a validade desta prática a partir da sua normalidade na vida social – ou da normalidade com que é encarada. Pelo que devemos dizer algo sobre o modo como encaramos esta teoria.

Se o Direito, por um lado, não existe enquanto mera abstracção, ele não se resume, por outro lado, a um produto arbitrário da eficácia factual. A eficácia comprova a existência do Direito, mas a sua “verdadeira realidade” não assenta no acontecer que determina o existir fáctico. É antes a “ideia-valor” <sup>(30)</sup> encarnada na aplicação ao nível dos factos que, conjugando valores, critérios e princípios normativos, é portadora da validade e legitimidade arrogadas pelo Direito e dá a este o seu rosto. Implicada na ideia de Direito está sempre uma pretensão de normatividade e pela concretização desta intenção normativa passa a decisão do caso concreto <sup>(31)</sup>.

A solução de um caso não pode, assim, ser resultado da própria estrutura fáctica do problema – tal seria contraditório. A situação de facto, de resto, só é individualizada (do pano de fundo da totalidade do real) quando é problematizada na interrogação por um sentido de direito. É por este sentido que se pergunta na investigação da resposta a dar ao caso-problema.

A situação é problema, não resposta. E o problema aparece como problema jurídico quando a situação-problema se constitui como colocação de uma questão de direito a resolver pela convocação dos dados normativos da Ordem Jurídica, através da solução judicativa do caso concreto: a solução do caso concreto dá-se por uma decisão normativa e essa decisão é sempre sustentada nas “opções axiológicas, (...) postulados normativos e princípios jurídicos constituintes do sistema” <sup>(32)</sup>.

Nesta medida, a solução do problema é concretização circunstancial da pretensão de uma normatividade em si mesma incondicionada. Mesmo sabendo que o juízo lógico (seja subsuntivo ou pouco mais que isso) de preenchimento dos elementos do tipo não é nem poderia ser definitivo – pois a problematicidade específica do caso há-de exigir uma reelaboração do critério decisório típico –, ainda assim, essa validade não deixará de revelar uma componente subjectiva – o momento intencional da normatividade sistemática.

---

<sup>(29)</sup> V., sobre ela, João Baptista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 19.<sup>a</sup> reimpr., Coimbra: Almedina, 2011, 44 e ss.

<sup>(30)</sup> As expressões citadas são retiradas de *ibidem*, 39.

<sup>(31)</sup> Por isto, a violação do direito fá-lo perder em eficácia, mas não elimina a sua vigência: esta mesma há-de determinar a definição da ilicitude da violação do direito: v. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, reimpr. da 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, 586.

<sup>(32)</sup> António Castanheira NEVES, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido”, in António Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.<sup>o</sup> vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (95-180), 166.

A realização do direito existe na dialéctica entre normatividade e condicionamento histórico-social. *Sistema e problema* constituem as duas dimensões desse processo. A dimensão problemática, se actualiza o problema da realização normativa, não pode fazer esquecer – antes pressupõe – a dimensão (a intenção) sistemática.

Os princípios constitutivos do sistema oferecem, aliás, a própria possibilidade dos problemas: o problema jurídico concreto só o é, ou só aparece enquanto tal, na medida em que se mostra como um obstáculo a intenções normativas pressupostas <sup>(33)</sup>.

Para além disso, só se poderá dizer de uma norma do sistema jurídico (hipoteticamente aplicável ao caso concreto) que ela oferece um critério de solução adequado – cumprindo uma função de mediação –, na medida em que a normatividade jurídica do sistema – a intencionalidade normativa sistemática que essa norma-hipótese traz em si – for susceptível de se adequar aos dados do problema concreto, de modo a poder dar-lhe uma solução justa <sup>(34)</sup>.

Por fim, aquelas intenções axiológicas, que existem *a priori* (isto é, antes da experiência problemática, já que a possibilidade desta as pressupõe), não desaparecem com a resposta-solução ao problema: antes reclamam uma concatenação com as “novidades” introduzidas no sistema, ou seja, um retomar da contínua concretização da intencionalidade fundamental sistemática. A dimensão problemática traz contínuas reaberturas do sistema – este, por sua vez, abre-se continuamente aos novos problemas <sup>(35)</sup>.

O direito que se diga direito vigente tem, em suma, duas faces: a da validade e a da eficácia <sup>(36)</sup>.

É nestes termos que vamos encarar a teoria da força normativa dos factos. E é também nestes termos que compreenderemos a afirmação de que a factualidade só poderá implicar a constituição de uma nova norma (leia-se, um novo critério, ou mesmo uma nova intenção), na medida em que o sentido proposto seja compatível com o sistema valorativo global da sociedade, ou na medida em que se possa dizer que o modificou <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> V. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 720.

<sup>(34)</sup> Por isso e nesta medida, tem razão KAUFMANN quando afirma que o «espantoso fenómeno de que “a lei é sempre mais sábia do que o legislador”» se converte num “enigma sem solução”, se não se entender que o «sentido da lei» não está apenas contido na lei, mas também nas concretas situações de vida a que a lei se aplica»: cf. Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009, 186.

<sup>(35)</sup> As ideias aqui expressas sinteticamente, além das referências já feitas, têm sobretudo por base a leitura que fazemos do pensamento de António Castanheira NEVES: v., deste autor, *Metodologia Jurídica*, 70-81, 142-153, 155 e ss. e *passim*, para além da bibliografia que formos citando ao longo do trabalho.

<sup>(36)</sup> V. Fernando José BRONZE, *ibidem*, 582 e ss.

<sup>(37)</sup> Assim, João Baptista MACHADO, *op. cit.*, 47: “Doutra forma, quando a máxima capaz de informar tal conduta conflitua com tal universo valorativo, também a dita conduta não pode ser acompanhada da convicção sincera da correcção ou validade de tal máxima.”

Para além destas objecções, relacionadas com o processo de aplicação-realização do Direito, também a perspectiva teleológica-funcional do direito penal que adoptamos impõe a rejeição da teoria da força normativa dos factos <sup>(38)</sup>.

De acordo com uma perspectiva teleológico-funcional do conceito material de crime, a compreensão deste é conseguida à luz da função do Direito Penal – função que se pode dizer de tutela subsidiária de bens jurídicos <sup>(39)</sup>.

A apreensão do bem jurídico-penal segue orientações político-criminais, do que resulta que a dignidade penal do bem jurídico começa logo por exigir uma inserção do mesmo na «“ordenação” axiológica jurídico-constitucional». Esta tem assim um essencial papel intermediador no processo de concretização material do bem jurídico, o que torna a intervenção penal dependente, porque vinculada a um quadro de valores com expressão constitucional que lhe pré-existe. Pelo papel regulativo desse sistema de valores passa afinal a possibilidade de afirmação da dignidade penal de um bem jurídico e, em última análise, de uma conduta <sup>(40)</sup>.

A dimensão sistemática do processo de realização do Direito Penal regista, portanto, exigências e condições muito próprias: Direito Penal válido é só aquele em que a ordem jurídico-constitucional, enquanto “quadro obrigatório de referência”, permita afirmar uma “analogia material” entre a ordem axiológica com expressão na Constituição e a ordem legal penal <sup>(41)</sup>.

O Direito Penal não funciona, porém – não poderia funcionar – como um sistema fechado à mundividência social. Recusar a teoria da força normativa dos factos não implica defender uma aplicação do Direito Penal fiel à lógica de um sistema radicalmente autopoietico, que conteria em si

---

Acrescentaremos que esta decorrência deverá aferir-se segundo uma lógica normativa e não tanto psicológica: na medida em que possamos constatar que a conduta efectivamente é contrária ao “universo valorativo” da sociedade e na medida em que este universo valorativo é afinal construído por meio das opções fundamentais dos seus membros, será em certa medida indiferente se esses membros não tomaram consciência daquela concreta contrariedade.

<sup>(38)</sup> O que, obviamente, não quer dizer que outras perspectivas do conceito material de crime tenham de aceitar esta teoria, ou que não possam até ser também incompatíveis com ela.

<sup>(39)</sup> Claus ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil (Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre)*, 4.ª ed., München: Beck, 2006, 13-14 (§ 2, nota m. 1); Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I (*Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*), 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 113-114.

<sup>(40)</sup> Seguimos aqui, na íntegra, Figueiredo DIAS, *ibidem*, 116-117 e 119 e ss.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*, 120. Na medida em que o funcionalismo teleológico tem o significado desta inserção ou subordinação, não nos parece que ele conflitue com os pressupostos metodológicos que aceitámos anteriormente. De facto, no que aqui nos importa, ele implica apenas que a apreensão do momento “subjectivo” da dimensão sistemática (leia-se: dos princípios positivos, transpositivos e suprapositivos) da realização do direito haverá que ser levada a cabo tendo em conta uma orientação axiológica de sentido constitucional. O que significa apenas uma especial dependência ou vinculação axiológicas no momento da assunção da validade que fundamenta e possibilita (mas não impõe) as normas legais penais e, em última análise, a decisão do caso. Sobre os diversos estratos ou elementos (incluindo aquele momento subjectivo) da dimensão sistemática da realização do direito, v. António Castanheira NEVES, *op. cit.*, 155-157.

todas as respostas, conseguidas segundo uma lógica rígida e formal – indiferente, enfim, aos dados da vida social que transparecem no problema concreto a resolver.

Os sentidos sociais intervêm, desde logo, na própria compreensão (ou mesmo construção) do comportamento objecto do juízo jurídico-penal: pela actuação das “regras sociais” passa afinal o *modo de aparecimento* da conduta ao intérprete-julgador <sup>(42)</sup>. O caso concreto, que é, metodologicamente, ponto de partida, não aparece – mesmo desconsiderando a dimensão jurídica que caracteriza problemáticamente o caso – como uma realidade dada, cuja profundidade se esgotaria com a correcta caracterização dos seus dados ontológicos.

A compreensão da própria problematicidade jurídica do caso – por referência à qual se convocará a intencionalidade sistemática normativa que há-de fundamentar e validar o critério de decisão do problema – exigirá que, no apuramento das circunstâncias específicas da situação histórica em causa – o problema é sempre um problema *concreto* <sup>(43)</sup> –, se tenha em conta as próprias regras sociais de atribuição de (um certo) sentido a comportamentos <sup>(44)</sup>.

Nunca isto poderá significar, porém, algo, em si, totalmente diverso: que as valorações sociais possam – pelo menos, sem qualquer justificação ou critério adicional – sobrepor-se à valoração que a norma penal quer afirmar, que ela traz na sua intencionalidade. Os sentidos sociais poderão condicionar a aplicação (ajudando a fundamentá-la ou até afastando-a) da norma-critério, ou os termos

---

<sup>(42)</sup> V. Fernanda PALMA, “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à actual questão metodológica”, *RPCC*, 9 (3), 1999 (351-447), 445. Sobre os “sentidos sociais” (e sua construção e modos de modificação), v. Lawrence LESSIG, “The Regulation of Social Meaning”, *UCLR*, 62 (3), 1995 (943-1045).

<sup>(43)</sup> V. António Castanheira NEVES, *op. cit.*, 161-162.

<sup>(44)</sup> Nesta medida e nestes termos, entendemos como substancialmente correcta a ideia de que estas “regras sociais” e os “contextos sociais do seu uso” serão o “verdadeiro objecto da investigação acerca da acção e das suas formas”: Fernanda PALMA, *ibidem*.

É tendo em conta estes aspectos que poderemos verdadeiramente tirar partido da maior abertura e complexidade de um pensamento funcionalista-teleológico sobre o sistema como o de Figueiredo DIAS (por contraposição ao pensamento de ROXIN, mais radical). De facto, pensamos poder aproveitar a explicação que ele dá da base material da definição de crime, caracterizando-a como aquilo que deve ser: uma base axiológica *fundamentante*, mas não *impositiva*, das soluções normativas-prescritivas, expressa na ordenação jurídico-constitucional. Isto, porém, apenas nos diz da dimensão sistemática, não da dimensão problemática, da aplicação do Direito. Pois a realização do Direito não é afinal mais do que um global momento dialéctico de construção da decisão-solução de um concreto problema jurídico – problema que nos conduz no questionamento da validade jurídica da situação em causa e na convocação dos concretos dados sistemáticos que nos permitirão aferir essa validade. Mas a dimensão sistemática será questionada sempre por referência à problematicidade concreta do caso – e o caso, como problema concreto, exige que o compreendamos afinal como situação histórica inserida no *continuum* da realidade social. Se quisermos operar o corte nessa realidade, em si ininterrupta, separando o que é juridicamente problemático do que não é, não poderemos ignorar os significados construídos no mundo dessa própria realidade social, sob pena de a intervenção do Direito se revelar arbitrária e solipsista.

Em suma, a solução do problema só será justa na medida em que revelar uma adequação normativa aos dados concretos do caso. A realização do Direito só será correctamente levada a cabo na sua dialéctica própria se compreendermos a autonomia intencional entre sistema e problema – percebendo ao mesmo tempo, porém, que a intencionalidade de um e outro só podem ser construídas na mútua referência entre ambos.

dessa aplicação – mas não o farão em função da rejeição da valoração normativa <sup>(45)</sup>.

Em suma, podemos perceber que se o caso que coloca (ou que se traduz em) uma questão a resolver é sempre um caso concreto, a construção da sua problematidade e a convocação da própria intencionalidade normativa aparecem afinal referidas à situação concreta em causa, e por isso há que levar em conta os sentidos sociais. Mas a normatividade afirmada na dimensão sistemática pré-existe (no seu conteúdo intencional) à experiência problemática. Além disso, a determinação dessa normatividade está condicionada, logo no seu momento subjectivo (intencionalidade), pelos termos em que deverá funcionar a subordinação à “ordenação axiológica jurídico-constitucional”.

## 5.2. A selecção do critério decisório hipoteticamente aplicável

A orientação do questionamento que nos guiará é simples: em que medida poderão ser penalmente responsáveis os agentes que sujeitam a criança à circuncisão e que actuam com motivações religiosas?

Começaremos por tentar, numa primeira aproximação, determinar o critério jurídico relevante – aquele que, pela sua pertinência (aferida por referência à problematidade emergente dos dados que enunciámos como ponto de partida), será susceptível de orientar o julgador na fundamentação da solução para um concreto caso de circuncisão religiosa <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> Cremos estar aqui em sintonia com Paula Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005, 43 e ss. e 782 e ss. A autora vale-se do pensamento de Günther TEUBNER (que contrapõe ao de Niklas LUHMAN), apresentando o Direito Penal como um subsistema social: a ligação entre ele e a sociedade apenas se daria através de uma “interferência intersistémica”, que condicionaria a relevância de regras sociais no sistema do Direito Penal a uma valoração de acordo com o código interno deste mesmo sistema. O que significa, em síntese – e cremos não estar a ser infiel ao pensamento da autora – que, no processo de realização do direito, é em função dos dados do caso/problema a decidir (o que inclui os sentidos sociais pertinentes) que será convocada a intencionalidade normativa que o sistema manifesta; assim, os sentidos sociais são decisivos na obtenção da solução que decide o caso. Mas eles já não poderão relevar enquanto sinais de uma normatividade autónoma (e não obstante a intencionalidade do próprio problema), que seria manifestação de um outro sistema e que seria utilizada para rejeitar a intencionalidade fundamentante do sistema penal (ou melhor: para rejeitar a norma que, convocada apenas esta intencionalidade fundamentante, referida à problematidade jurídica da questão concreta, decide o caso). Se é assim, então estamos de acordo com a autora e, como se percebe, não precisamos de seguir (ou de recusar) o pensamento de TEUBNER para manifestar esse acordo, na medida em que a correcção destas ideias resulta já, segundo cremos, de um prisma metodológico – e foi com o objectivo de sugerir isto mesmo que procurámos explicar a posição de Ribeiro de FARIA nos termos em que o fizemos (e que não são, na verdade, os da autora).

<sup>(46)</sup> Não é demais insistir: em todos os seus momentos, esta investigação padecerá inevitavelmente de uma deficiência de densificação: não estamos a pensar (excepto quando do contexto resultar o contrário) num caso concreto de circuncisão religiosa, mas num tipo de problema. Por isso, por carecer de (ou não olhar a) dados que concretizem o caso decidendo, esta investigação estará logo afectada na própria compreensão que fará da dimensão problemática da questão que investigamos. E se é por referência à problematidade do caso concreto que é mobilizada a normatividade do sistema, então não podemos excluir que, eventualmente, num concreto caso de circuncisão religiosa, o critério jurídico hipoteticamente adequado a concorrer para a fundamentação da solução desse caso não coincida com aquele que vamos

A transcendência da situação dá-se pelo questionamento da sua validade. E esse questionamento é levado a cabo no horizonte normativo do sistema. No princípio desta experiência interrogadora – que será o início da experiência problemática – os dados da realidade são tomados como correlato concreto dos significantes conceituais do tipo. Neste momento, por assim dizer, propomos a situação-objecto como exemplo possível da hipótese normativa.

A circuncisão pode ser realizada através de procedimentos muito diversos <sup>(47)</sup>. Mas esses procedimentos envolvem sempre uma intervenção cirúrgica: o corte e remoção do prepúcio. Implicando uma perda de substância corporal, esta actuação é imediatamente susceptível de constituir uma ofensa no corpo <sup>(48)</sup>.

Assim, numa primeira perspectiva, o artigo 143.º, n.º 1, oferece um possível critério jurídico de solução do caso de circuncisão religiosa. O agente que realiza a circuncisão remove intencionalmente o prepúcio da criança. Na medida em que a subtracção de uma parte do corpo constitui uma ofensa corporal, um caso de circuncisão religiosa será assim visto como correlato lógico da hipótese típica daquela norma.

Ainda neste nível abstracto de selecção, porém, vemos que o próprio legislador procede a algumas delimitações das variantes conceituais típicas que utiliza. É assim que certas condutas – que, a um primeiro olhar, se poderiam dizer objectivações do tipo conceitual do artigo 143.º, n.º 1 – não são abrangidas pelo seu âmbito hipotético de aplicação, por constituírem intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, conforme o disposto no artigo 150.º, n.º 1.

De acordo com esta disposição normativa, as condições para a atipicidade das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos, do ponto de vista do artigo 143.º, n.º 1, são cumulativas: necessário é que todas se verifiquem na conduta em causa. O mesmo é dizer que, falhando uma dessas condições, o artigo 150.º, n.º 1, não pode ser aplicado.

As condições são quatro – duas subjectivas e duas objectivas. Quanto às subjectivas, a opera-

---

identificar. Avançamos já, porém, que será difícil que um caso concreto de circuncisão religiosa seja adequadamente resolvido por outro critério jurídico que não aquele que identificaremos. O que não é o mesmo que dizer que a solução dos casos de circuncisão religiosa será sempre a mesma. Uma coisa é determinar o critério jurídico hipoteticamente adequado a orientar a fundamentação da solução do caso e outra é dar uma solução decisória ao caso concreto. Julgamos que tudo isto será entendido mais facilmente à medida que formos avançando na investigação.

<sup>(47)</sup> V. Hugh YOUNG, «Evolution of Circumcision Methods: Not “Just a Snip”», in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (69-83).

<sup>(48)</sup> V. Paula Ribeiro de FARIA, anotação ao art. 143.º (Ofensa à integridade física simples), in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editôra, 2012 (298-337), 305. A autora reporta-se à habitual definição de ofensa corporal na doutrina e jurisprudência germânicas: “ein üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer in seinem körperlichen Wohlbefinden (...) in mehr als nur unerheblichem Grade beeinträchtigt wird”: v., por exemplo, Albin ESER/Detlev STERNBERG-LIEBEN, anotação ao § 223, in Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.ª ed., München: Beck, 2010 (2007-2038), 2008.

ção deve ser realizada “por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada” e deve essa pessoa agir “com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental” (finalidade terapêutica). Quanto às objectivas, exige-se a indicação médica e que a operação seja levada a cabo segundo as *leges artis*.

Ora, se atendermos ao quadro factual objecto do nosso estudo, não parece indicado convocar a norma do artigo 150.º, n.º 1. Pois um dos elementos do tipo de conduta em análise é a finalidade que move o responsável pela cirurgia. Essa finalidade prende-se com vinculações religiosas e culturais e, portanto, não é terapêutica <sup>(49)</sup>.

Este juízo valerá também no que respeita ao n.º 2 do artigo 150.º e quanto às normas que se encontram numa “relação de **integração sistemática** e de **complementaridade normativa**” <sup>(50)</sup> com este artigo – os artigos 156.º e 157.º –, uma vez que estes pressupõem que “as pessoas indicadas no artigo 150.º” tenham operado “em vista das finalidades nele apontadas”.

Temos assim que o artigo 143.º, n.º 1, aparece como norma aplicável, i. e., como hipoteticamente adequada a orientar a decisão judicativa de um caso de circuncisão religiosa. Já aquelas outras normas referidas aparecem, pelo contrário, como insusceptíveis de poder orientar-nos na fundamentação da solução materialmente justa do caso.

A atitude do jurista, neste momento, há-de ser de desconfiança. A resposta não está dada, tudo permanece em aberto.

Não poderemos encontrar o caminho que procuramos decidindo, através deste processo lógico, que uma dada norma é aplicável e, com base numa interpretação subsuntiva, obter a decisão do caso concreto. Pelo contrário, há-de ser antes um *juízo autónomo de juridicidade*, adequado em termos problemáticos à situação objecto do juízo, a fundamentar a própria aplicabilidade da norma <sup>(51)</sup>.

O padrão determinante da própria adequação problemática do critério jurídico está, portanto, para lá da norma positiva – *antes* do tipo (entendido aqui como mera previsão legal). O que quer dizer que só pode ser o momento subjectivo da dimensão sistemática a decidir da própria relevância jurídica das circunstâncias do caso, pois só assim ele poderá também fundamentar a adequação de

---

<sup>(49)</sup> Quanto ao autor material da operação, estamos a pressupor, naturalmente, que ele também não age com uma finalidade terapêutica. De todo o modo, lembre-se que temos em vista sobretudo os pais da criança.

<sup>(50)</sup> Manuel da Costa ANDRADE, anotação ao art. 150.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos), in Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (457-475), 457.

<sup>(51)</sup> V. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 170-171.

uma norma (critério legalmente previsto) à problematidade das circunstâncias concretas <sup>(52)</sup>. Tudo, portanto, muito diverso daquele processo lógico que apenas se limitou a identificar as circunstâncias como correlato objectivo de certa hipótese típica.

Em suma, não será uma relação lógica de coincidência (entre a hipótese conceitual e a situação concreta) a decidir da aplicabilidade da norma, mas sim um juízo de adequação material, prévio, entre o critério jurídico e a problematidade emergente da situação concreta.

Isto percebe-se desde já se avançarmos que não pode estar, por exemplo, excluída à partida – portanto, sem considerações adicionais – a aplicação analógica (como entendida nos moldes tradicionais) daqueles preceitos que referimos, que tornam atípicas certas condutas, do ponto de vista do crime de ofensa à integridade física simples.

Tal aplicação analógica resultaria da conclusão de que o tipo de problema dos casos de circunção religiosa revela afinidades com o tipo de situações cuja problematidade explica a mobilização das intenções que fundamentam aquelas normas. Não há nada mais diferente que o parecido e, por isso, este juízo de relevar o que é semelhante, em detrimento do que é divergente, para efeitos de determinação da aplicabilidade de dado critério jurídico, tem de se explicar por uma ponderação material do caso concreto. Esta ponderação material não se confunde com um mero processo lógico de apuramento de semelhanças e diferenças, visto que esse processo não permite saber porque e em que medida hão-de relevar umas ou outras.

O sentido normativo da disposição legal pressupõe logicamente a colocação de um problema. É nesta medida que podemos entender a norma como (oferecendo um) critério jurídico – critério que se há-de descobrir adequado, ou não, a orientar a descoberta da solução do caso concreto.

Pela mediação do problema-pressuposto-na-norma, obteremos o sentido normativo do seu

---

<sup>(52)</sup> Que são as próprias intenções axiológicas sistemáticas a explicar a aplicabilidade de um critério a certo tipo de situações percebe-se facilmente com um exemplo: a ofensa à integridade física é um crime contra a integridade física. Já nas criminalizações previstas no artigo 156.º (“intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”), trata-se de proteger a liberdade. É na medida em que a interrogação da validade da situação-a-decidir revele a pertinência de tais orientações intencionais que se decidirá pela pertinência de um ou outro critério.

Na nossa investigação, porém, assumiremos o pressuposto de que o processo lógico de averiguação das circunstâncias do caso decidendo como concretização dos instrumentos conceituais do tipo (um processo próximo, na aparência, da subsunção) não nos dispensa da interrogação da situação na sua materialidade. Muito pelo contrário: o jurista deve levar a sério a atitude de desconfiança que se lhe impõe no momento (aparentemente) subsuntivo. Se é no próprio momento subjectivo do sistema que encontramos as coordenadas para decidirmos da relevância jurídica das circunstâncias factuais e se justa é apenas a decisão adequada à problematidade jurídica concreta do caso, então a averiguação das intenções axiológicas relevantes (relevância a aferir por referência ao problema a resolver) terá de ser um momento logicamente (mesmo que não cronologicamente) prévio à decisão pela aplicabilidade deste ou daquele critério normativo (tipo legal).

Assim, o procedimento lógico que levámos a cabo no texto não nos diz se realmente o critério de solução para o tipo de problema que nos ocupa deverá ser encontrado no artigo 143.º, n.º 1, nem em que medida ele poderá orientar a solução do caso concreto. Ainda está quase tudo por fazer.



critério e, desse modo, a adequada orientação da decisão do problema concreto. Pelo que podemos perceber agora melhor porque não está em causa um juízo de “*identidade de situações*” (entre, nomeadamente, a situação sujeita a apreciação e a situação descrita na norma), mas um “*confronto entre problemas*”<sup>(53)</sup>: é a similar índole da relevância problemática do caso concreto e do sentido problemático da norma que explica a aplicabilidade desta. E no jogo de diferenças que existe entre tudo o que é parecido, é a pertinência problemática que explica a relevância da semelhança: pelo juízo de apuramento do sentido problemático descobriremos, na semelhança, a analogia.

Incumbe-nos, assim, compreender a problematicidade que estrutura a norma, de modo a apreender o seu sentido normativo. Tal compreensão exigirá um juízo de fundamentação material da solução que ela oferece ao tipo de problema que pressupõe. Essa fundamentação é construída com os princípios do sistema e as opções axiológicas deste. Haverá, em suma, que interpretar o critério, de modo a compreender o seu fundamento.

A compreensão referida será constituída referindo o foco normativo-problemático ao tipo de problema que referimos.

Referimos já que o nosso estudo não será absorvido por um caso concreto, antes incidirá sobre um tipo de problema. O que procuraremos saber é se esta facticidade sustenta, na sua intencionalidade, a pertinência problemática do sentido normativo em questão. Procurámos também explicar que a qualquer caso real da vida (que reúna os elementos que identificámos) pertencerão sempre circunstâncias particulares e, como tal, susceptíveis de dar uma nova conformação à problematicidade juridicamente relevante para a decisão. É dessa riqueza – que o caso concreto, na densidade do seu único e irrepetível circunstancialismo, oferece – que vamos prescindir aqui.

### **5.3. A circuncisão religiosa e o sentido intencional problemático abstracto do critério seleccionado – a insuficiência do texto normativo do critério positivo**

Referimos já que, implicando a circuncisão a remoção do prepúcio e materializando-se assim numa subtracção de substância corporal, os factos sob análise apresentam-se como concretizações circunstancialmente situadas dos conceitos típicos do crime de ofensa à integridade física.

Isto basta para considerar a norma do artigo 143.º como hipoteticamente aplicável. Numa perspectiva semântica da interpretação e pedindo emprestada uma conhecida classificação, a nossa

---

(53) As expressões são de António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 174-175.

hipótese-tipo parece apresentar uma candidatura positiva ao preenchimento dos conceitos típicos, na medida em que esta afectação da substância corporal constitui uma ofensa no corpo, ou seja, é objecto da referência conceitual: a operação envolve uma intervenção lesiva da integridade corporal da criança.

O artigo 143.º insere-se num Capítulo cujas disposições normativas visam a tutela da integridade corporal e da saúde física. O direito à integridade física é componente do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 25.º da CRP. Por se ligar intrinsecamente à defesa da pessoa como tal, o direito à integridade pessoal é aí tido como “inviolável”. Goza da protecção conferida pelas disposições normativas contidas no Capítulo III do Título I do Livro II do Código Penal e figura, naturalmente, entre os direitos que não podem nunca ser afectados (mesmo) com a suspensão de direitos fundamentais na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6) <sup>(54)</sup>.

Enquanto normas jurídico-penais, as disposições do Capítulo referido visam a tutela de um bem jurídico-penal: a integridade física. Está em causa a protecção de uma essencial dimensão do ser pessoa: o corpo é condição indispensável da existência humana, da pessoa como totalidade. A pessoa existe com o seu corpo e no seu corpo. Ele deve ser mantido na sua integridade. Por isso é garantida à pessoa a tutela do seu direito à integridade física.

Esta dimensão essencial da integridade física explica a dignidade penal deste bem jurídico. A sanção penal pode então intervir (como *ultima ratio*): pune-se o agente que, com a sua conduta, ofender a integridade física de outrem.

A intencionalidade normativo-jurídica aqui em causa é, num primeiro momento, clara: o problema originado pela lesão da integridade física através da conduta de um agente tem a solução tipificada (em abstracto) da punição (artigos 143.º e ss.) – solução esta que pode ser explicada no seu fim (e aqui importará tomar em conta as finalidades atribuídas à pena) e no seu fundamento (ter-se-á aqui em consideração a fundamentação material da dignidade penal do bem jurídico e o juízo de

---

<sup>(54)</sup> O direito à integridade física projecta-se também em imposições e proibições dirigidas aos poderes públicos, que vão desde a proibição da tortura e de tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos (consagrada no artigo 25.º, n.º 2, da CRP) até concretizações como as proibições de prova em Processo Penal; v. J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, anotação ao artigo 25.º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (453-457), 454-455. Segundo os autores, a Constituição, “compreensivelmente”, não contempla (como excepção à garantia do direito à integridade pessoal) os casos de excisão feminina ou circuncisão masculina por motivos culturais ou religiosos – casos esses que, assumindo contornos diversificados, mereceriam, segundo os autores, uma “diferente valoração sob o ponto de vista da violação dos direitos humanos” (*ibidem*, 457).

Se bem entendemos, há em Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA um pré-entendimento de que a circuncisão masculina e a excisão feminina não se equivalem, pelo menos, em termos valorativos, não revelando assim uma e outra o mesmo merecimento reprovador. Deste modo, parecem partilhar a opinião comum de que, devendo distinguir-se uma prática da outra, a reprovação (aceite e propugnada) da excisão não implica o mesmo tratamento para a circuncisão. Veremos adiante se realmente se justifica esta diferenciação.

necessidade da pena como meio imprescindível de combate, de natureza preventiva, às condutas susceptíveis de o lesar ou colocar em perigo).

Essencial é aqui a compreensão da norma como intencionalidade sistematicamente (ainda que por referência a um problema que é seu pressuposto) determinada – antes que como mero resultado decisório a retirar do texto legal por interpretação deste. Esta (última) perspectiva da norma como “comando acabado” <sup>(55)</sup> induz à confusão entre norma e texto normativo, como se a substância da validade do comando se devesse identificar com a forma verbal deste <sup>(56)</sup>.

Dito isto, podemos avançar. Temos agora um ponto de partida, mas não mais. É a partir daqui que poderemos construir a dialéctica entre o problema normativo(-legal) – o problema pressuposto na previsão abstracta do critério legal – e o os dados (jurídicos) concretos do problema prático que pede solução: procuraremos então a resposta ao problema por mediação da norma que nos aparece como hipoteticamente aplicável.

Cabe-nos atender aos pontos juridicamente relevantes da constelação fáctica que nos ocupa. A ponderação desses pontos servirá a construção do juízo decisório que buscamos. A intencionalidade normativa sistemática que sustenta o critério do juízo decisório carece de uma confrontação com os dados do (tipo de) problema em causa – de modo a que, por meio da descoberta de sucessivas analogias entre a índole problemática daquela intencionalidade e a do próprio caso concreto, possamos descobrir a adequação do sentido normativo sistemático identificado e, assim, obter o juízo de decisão do caso.

É possível, porém, que, não obstante a hipotética aplicabilidade do critério que identificámos, a ponderação material analógica da problematicidade nos leve a constatar que a intencionalidade problemático-jurídica emanante dos dados fácticos não nos permite afinal concluir pela pertinência da intencionalidade problemático-jurídica da norma; ou a concluir que ao mesmo resultado nos conduz a consideração da teleologia fundamentante do sentido normativo da norma. Deveremos então concluir pelo afastamento da punição, *rectius*, do critério punitivo.

Vimos que a determinação do critério jurídico aplicável – ou se, quisermos, da decisão-tipo prescrita na norma – só pode fazer-se pela apreensão dos fundamentos normativos desse critério, na medida em que ele não é arbitrário, mas sim manifestação de uma sistemática intencionalidade: o

---

<sup>(55)</sup> A expressão [“Das (...) Verständnis der Norm als eines *fertigen Befehls* (...)” (italico nosso)], que voltaremos a usar noutros passos deste trabalho, é de Friedrich MÜLLER: v., deste autor, *Normstruktur und Normativität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, 147.

<sup>(56)</sup> V. *ibidem*.

critério oferece-se como momento culminante (no que respeita apenas à dimensão sistemática da dialéctica realização do direito) da afirmação intencional (o Direito não é aqui apenas “objecto”, mas “sujeito”) de princípios e valores.

Ora, tal implica que, na própria realização do direito, o critério jurídico de decisão (do caso concreto) será, em si mesmo, insuficiente para sustentar essa realização. Só a convocação dos seus fundamentos normativos, orientada pela referência à intencionalidade problemática do próprio caso, a tornará possível. A especificidade problemática do caso obriga, assim, a (re)ponderar o critério jurídico, para deste modo obtermos, por meio de uma compreensão desse critério, a decisão-solução do caso. O critério vai ser, portanto, objecto de experimentação no caso concreto <sup>(57)</sup>.

Em certa medida, esta reponderação não é nunca feita isoladamente. É verdade que o caso concreto oferece, no seu circunstancialismo histórico-social, particularidades irrepetíveis. Não é possível aplicar a solução dada a um problema jurídico concreto (exigida e explicada por esse problema) a outro caso concreto, também ele único e irrepetível. Cada uma dessas decisões, porém, traz novidades. E as intenções axiológicas do sistema exigem uma (contínua e recorrente) concatenação com essas novidades. De tal modo que a intencionalidade fundamental do direito se vai constituindo através destas sucessivas “pequenas” concretizações.

Estas realizações casuísticas devem ser depois tomadas em conta, juntamente com a reflexão doutrinal, na (seguinte) concreta reponderação problemática do critério jurídico em causa <sup>(58)</sup>.

A experiência jurisprudencial e a reflexão doutrinal servirão, portanto, de instrumentos na tarefa que nos cabe: a da “dupla transcendência” do critério jurídico pela referência às exigências do tipo de problema que nos ocupa e pelos fundamentos normativos desse critério. E estes fundamentos normativos assumem, como sabemos, a forma de princípios <sup>(59)</sup>.

## **6. A experimentação do critério decisório feita por referência ao tipo de problema – a adequação problemática fundamental do critério normativo como fundamento da tipicidade**

### **6.1. Circuncisão religiosa e insignificância**

---

<sup>(57)</sup> Assim, não se recorrerá apenas à “experimentação” na questão da selecção da norma hipoteticamente aplicável, mas também no próprio processo da realização do direito no caso concreto, por mediação dessa norma: v., nestes termos, António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 166-167 e 176.

<sup>(58)</sup> V. *idem*, 185.

<sup>(59)</sup> *Idem*, 188.

Como critério jurídico-penal, a norma a aplicar está sempre sustentada em fundamentos próprios do Direito Penal. É assim que a punição de um agente como responsável por uma conduta que ofendeu o bem jurídico integridade física se explica (embora não só) pela dignidade penal deste bem jurídico e pela necessidade da intervenção penal, de acordo com a lógica de *ultima ratio* dessa intervenção.

Já nos referimos à dignidade penal do bem integridade física considerado em abstracto. Desta ideia de dignidade penal decorre, porém, o princípio que começaremos por tomar em consideração: o *princípio da insignificância*, ou *princípio bagatelar* <sup>(60)</sup>. Eis a sua ideia básica: não deve ser punida, quando tenha pequena dimensão, a lesão de um bem jurídico-penal, em si mesmo merecedor de protecção.

O efeito excludente da punição funciona ao nível da tipicidade: a ofensa não tem expressão suficiente para realizar o sentido de desvalor social contido no tipo <sup>(61)</sup>. Neste âmbito, a ideia da insignificância é comumente aceite como máxima interpretativa, cuja função é a de negar a tipicidade de certas condutas: uma conduta que formalmente realiza o tipo penal está dele materialmente excluída, se a ofensa ao bem jurídico for de pequena dimensão e socialmente tolerada <sup>(62)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> Este princípio, com raízes no Direito Romano (*minima non curat praetor*), foi introduzido no Direito Penal por ROXIN: “Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht”, in *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, Berlin/NewYork: Walter de Gruyter, 1973 (184-208), 193. O autor debruçava-se aí sobre o crime de coacção, referindo depois que o princípio teria especial importância no âmbito das intervenções ligeiras na circulação rodoviária. Já em *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, reimpr. da 2.ª, Buenos Aires: Hammurabi, 2002, 73-74, ROXIN esclarece que o princípio se aplica à maioria dos tipos penais.

É também notado, por vezes, que já Franz von LISZT indagava sobre se não seria útil retomar aquela máxima dos tempos antigos (se bem que, em boa verdade, não tenha desenvolvido essa indagação no sentido que aqui nos interessa): v., por exemplo, Carlo Enrico PALIERO, “Note sulla Disciplina dei Reati «Bagatellari»”, *RIDPP*, 23 (3), 1979 (920-991), 920-921.

<sup>(61)</sup> Defendendo, porém, o carácter regulativo do princípio em análise (o efeito excludente da punição não teria uma localização categorial exclusiva na doutrina do crime), Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 676-677. O autor é pouco claro, porém, quanto à questão de saber qual o momento dogmático em que o princípio actua com maior frequência: começa por referir que, “porventura na maioria das vezes”, a sua aplicação resultará na exclusão da tipicidade (por não haver ilicitude material); logo a seguir afirma, porém, que “na generalidade dos casos de actuação do princípio da insignificância ou bagatelar o tipo de ilícito e o tipo de culpa devem ser afirmados, mas deve ser **negada a dignidade penal do facto como um todo** (...) e, consequentemente, a sua **punibilidade**” (*ibidem*). Já OSTENDORF entende que a tipicidade será o âmbito exclusivo de validade do princípio da insignificância, afastando-o assim dos outros níveis da doutrina do crime (excepto quando solução diversa resulte do texto legal): Heribert OSTENDORF, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, *GA*, 129, 1982 (333-345), 343 e ss.

<sup>(62)</sup> Esta ideia foi afirmada na Alemanha pelo OLG Hamm (numa decisão recorrentemente citada nesta matéria) nestes termos: “Daß ganz geringfügige Rechtsgutsbeeinträchtigungen materiell schon den Tatbestand einer Strafnorm nicht erfüllen, auch wenn sie von dessen Wortlaut formell mit umfaßt werden, ist für eine Reihe spezieller Vorgehen – wie Körperverletzung (...) – ausdrücklich anerkannt. (...) Es gilt darüber hinaus als allgemeiner Grundsatz.” [NJW, 33 (46), 1980 (2537), 2537]. Para um comentário a esta decisão e, em especial, à afirmação do princípio da insignificância como regra geral de interpretação, v. Heribert OSTENDORF, “Das Geringfügigkeitsprinzip”, *passim*.

É fácil de ver que esta distinção entre um sentido formal (ou externo) e um sentido material (ou interno) do tipo se reconduz à ideia do espírito da lei (*ratio legis*). Por isso se trata aqui, à partida e para quem aceite este procedimento metodológico, de uma redução teleológica ou, pelo menos, interpretação restritiva da lei (nestes termos e retirando importância à questão de saber se está em causa exactamente uma ou outra, na medida em que a Constituição alemã não proíbe a redução teleológica, ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 299<sup>82</sup>).

A relevância deste princípio da insignificância explica-se pela ideia de dignidade penal dos bens jurídicos objecto de protecção através de normas jurídico-penais e pela exigência de necessidade da intervenção penal <sup>(63)</sup>.

Não constituindo as normas jurídico-penais “comandos acabados”, mas antes critérios jurídicos susceptíveis de orientar a determinação da solução-decisão do caso concreto, necessário se torna confrontar a respectiva intencionalidade normativa com a intencionalidade problemática emanante das circunstâncias do caso, de modo a perceber se há entre ambas uma coincidência que justifique a efectiva afirmação no caso concreto do sentido normativo “experimentado”.

Ora, o critério da insignificância aparece como um instrumental elemento de ponderação: ele pode revelar-se importante, mesmo decisivo, quando se trate de saber se, no caso concreto, ainda tem correspondência o pensamento subjacente às exigências da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade de intervenção penal. E isto na medida em que essas exigências condicionam a própria intencionalidade normativa que é objecto de “experimentação”.

O princípio da insignificância será, portanto, de aceitar na medida em que o seu propósito seja o de ajudar a descortinar se as circunstâncias da hipótese real concreta revelam uma analogia material com os pressupostos problemáticos da intencionalidade normativa. Assim, um simples empurrão ou dar um gelado a outra pessoa (provocando-lhe um arrepio nos dentes) são condutas relativamente às quais não se pode dizer que estejam verificados aqueles pressupostos – de tal modo que não se pode afirmar a intencionalidade normativa que aqui nos interessa. Mesmo que tais condutas impliquem uma afectação do corpo, um exame material das mesmas não permitirá encontrar aí a pertinência problemática que justificaria a aplicação do artigo 143.º <sup>(64)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Já Karl-Ludwig KUNZ (*Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, Berlin: Duncker & Humblot, 1984, 245 e ss.), contrapondo este princípio à ideia de adequação social, entende que esta se liga à ideia de dignidade punitiva, enquanto aquele se prende apenas com a necessidade de pena. Como no texto, Paula Ribeiro de FARIA, anotação ao art. 143.º (Ofensa à integridade física), 309, considerando ainda que o princípio da insignificância se impõe pelo “próprio teor literal do tipo [de ofensa à integridade física]”. A autora refere, acriticamente, a posição de TRÖNDLE/FISCHER, no sentido de considerar “atípica e socialmente adequada” a circuncisão de rapazes por razões religiosas, por contraposição à excisão de menores do sexo feminino: *ibidem*, 310.

<sup>(64)</sup> Em rigor, entendemos que tais condutas poderão até eventualmente (mesmo que dificilmente) ser consideradas típicas, consoante as restantes circunstâncias do caso concreto. Distinguindo entre empurrões “insignificantes” e empurrões típicos, v. o ac. do TRE de 9.10.2012 (Ana Barata Brito).

Para outros exs. de aplicação ou, pelo menos, aceitação teórica do princípio da insignificância nos tribunais portugueses, v. os acs. do TRC de 28.04.2009 (Brízida Martins) (crime de desobediência), de 28.09.2011 (Olga Maurício) (não se reportando directamente ao princípio da insignificância, mas conferindo às circunstâncias do caso concreto um “peso fundamental” no juízo sobre se foi ultrapassado o “mínimo socialmente tolerável”, para lá do qual há uma injúria típica) e de 24.06.2009 (Isabel Valongo) (crime de burla), e do TRP de 25.02.2009 (Maria do Carmo Silva Dias) (crime de difamação) e de 17.10.2012 (Maria do Carmo Siva Dias) (crime de injúria). É frequente na jurisprudência a invocação de princípios como o da proporcionalidade, da necessidade e da subsidiariedade a propósito do funcionamento da ideia de insignificância como excludente da tipicidade.

A questão é então a de saber se a circuncisão masculina constitui ou não uma afectação insignificante do corpo.

As contribuições dos intervenientes no debate sobre a circuncisão religiosa traem muitas vezes o pré-entendimento de que esta operação não se reveste de qualquer gravidade, ou, pelo menos, de que essa gravidade é diminuta. Este parece ser, aliás, o motivo – pelo menos o mais explícita e frequentemente invocado – para diferenciar esta operação da excisão clitoridiana <sup>(65)</sup>, embora outras vias de diferenciação sejam também tentadas, como veremos <sup>(66)</sup>.

Nesta perspectiva, a circuncisão não implicaria consequências negativas (relevantes) para a saúde da criança, traduzindo-se apenas na extracção de um pedaço de pele inútil <sup>(67)</sup> e, deste modo, ainda que não aceitando as alegadas vantagens médico-preventivas da cirurgia, estaríamos perante uma conduta neutra, ou muito próxima disso, no que respeita ao bem-estar da criança.

Já no caso da excisão, pelo contrário, é comumente aceite que está em causa uma afectação grave do corpo da mulher. Face à dimensão da intervenção em si e das consequências que ela impli-

---

<sup>(65)</sup> Diferenciando, nestes termos, entre excisão e circuncisão, v., entre outros, M. D. A. FREEMAN, “A child’s right to circumcision”, *BJUI*, 83 (supl. 1), 1999 (74-78), *passim*; Kyrill-A. SCHWARZ, “Verfassungsrechtliche Aspekte der religiöse Beschneidung”, *JZ*, 63 (23), 2008 (1125-1129), 1125<sup>4 e 8</sup>; Mark, SWATEK-EVENSTEIN, “Das beschnittene Recht - Dürfen Eltern ihre Söhne beschneiden lassen – oder verstoßen sie damit gegen das Strafgesetzbuch?”, *Jüdische Allgemeine*, 18.2.2010; NEUMANN, Daniel, “Bund und Bekenntnis”, *Jüdische Allgemeine*, 24.3.2011; Edward SCHRAMM, *Ehe und Familie im Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, 221 e ss. e 224 e ss.; Volker BECK/Renate KÜNST, “Das ist keine Straftat”, *Berliner Zeitung*, 9.7.2012; Álvaro REDONDO HERMIDA, “Circuncisión y Delito”, *La Razón*, 26.7.2012. Considerando ser este o motivo implícito da duplicidade de tratamento entre circuncisão e excisão, Robert DARBY, “Parental Authority, Circumcision and the Child’s Right to an Open Future: Will the Real Dena Davis Please Stand Up?”, 2010, 23.

<sup>(66)</sup> Também acontece referir-se a “diferença fundamental” entre a circuncisão e a excisão como se ela fosse tão evidente que não precisa de ser explicada – deixando-se por dizer qual é exactamente essa diferença. Assim, por exemplo, Heiner BIELEFELDT, “Menschenrecht, kein Sonderrecht”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (71-82), 79; Kyril-A. SCHWARZ, “Die aus religiösen Gründen gebotene Beschneidung und das Verfassungsrecht”, artigo inserido na mesma obra (71-82), 100. Já Cristina de MAGLIE, de uma perspectiva mais criminológica, sugere que a “vistosa disparidade de tratamento” (que critica) se pode explicar pelos lugares de elite que os judeus ocupam em vários países ocidentais, como os Estados Unidos (v., desta autora, *I Reati Culturalmente Motivati – Ideologie e Modelli Penali*, Pisa: ETS, 2010, 47). Esta sugestão mereceu uma crítica acertada em Jesús-Maria SILVA SÁNCHEZ, “Circuncisión Infantil”, *InDret*, (1), 2013, 1-2. Já merece mais atenção, porém, a consideração da autora quando, tendo em conta que a excisão é sobretudo praticada em países africanos e árabes, ao contrário da circuncisão (muito praticada também nos países ocidentais), afirma que aquela disparidade revela uma concepção de superioridade racial, na medida em que a “compreensão ocidental do corpo” é assumida como “racional, civilizada, baseada em dados científicos”, enquanto as africanas seriam “baseadas em superstições, ritos bárbaros, crenças grosseiras” (v. *idem*, 47-48).

<sup>(67)</sup> A presunção de que está em causa uma substância trivial ou “apenas uns milímetros de pele” ajudará a explicar a base médica de apoio da circuncisão como operação de rotina (ainda hoje realizada como tal) nos Estados Unidos: assim, GOLLAHER, *Circumcision*, 109. O mesmo parece poder ser dito quanto à relutância das comunidades religiosas perante a perspectiva de abandonar a prática: “The prepuce has no large blood-vessels; and therefore circumcision is not attended by any dangerous hemorrhage, except when the glans is injured by unskilful handling of the knife, or in very exceptional cases where there exists an abnormal tendency to bleeding”: I. BROYDÉ, “Circumcision”, 98. V. também, a mero título de exemplo, a resposta de Stephen J. KRAMER (Secretário-Geral do Concelho Central dos Judeus na Alemanha), em “Dossier des Zentralrats der Juden in Deutschland zum Thema Beschneidung” (<http://www.zentralratjudennotade/de/article/3731.html>), à questão sobre se a circuncisão seria prejudicial para a saúde: “Nein! Die Beschneidung führt nicht zu gesundheitlichen Nachteilen – ganz im Gegenteil!”.

ca, os autores tendem a condenar esta prática e a discussão passa, não tanto por saber se ela pode sequer ser tolerada, mas antes por perceber de que modo deverá ser combatida.

Mesmo quando se aceita esta diferenciação fundamental, porém, entre circuncisão e excisão, em termos de gravidade da afectação do corpo, não é a dimensão alegadamente ligeira da ofensa que, em geral, leva, por si só, à defesa da admissibilidade da circuncisão. Os autores parecem pretender apenas que o argumento da dimensão da ofensa vale somente contra a permissão da excisão, não da circuncisão. Esta, ao contrário daquela, não é tão grave que se possa dizer intolerável.

Deste modo, parece consensual que não estamos perante um caso de aplicação do princípio da insignificância: a pequena dimensão da lesão aparece como pressuposto necessário, mas não como critério material decisivo, da admissibilidade da circuncisão. Decisivas são também outras circunstâncias do caso concreto, como a tradição religiosa ou o condicionamento sócio-cultural <sup>(68)</sup>.

De facto, não se pode dizer que a circuncisão implique uma ofensa de pequena dimensão, nem muito menos se pode falar em insignificância. O concreto procedimento da circuncisão pode variar, mas implica necessariamente a remoção de uma substância corporal – o prepúcio.

Não é fácil encontrar a linha que delimita, em abstracto, as lesões insignificantes e, como tais, atípicas. Não cremos, porém, que se deva procurá-la. Se o princípio da insignificância é apenas elemento de ponderação – se, portanto, nos servimos dele no ajuizamento da intencionalidade problemática do caso, de modo a percebermos se ela reclama uma solução judicativa por mediação de certo critério normativo jurídico-penal –, ele apenas terá relevância se e na medida em que nos permitir dar cumprimento às exigências fundamentais das ideias de dignidade punitiva e necessidade de pena.

Afastamos, assim, uma ideia de funcionamento lógico-formal do princípio da insignificância – ideia que trespassa em alguns tratamentos deste instituto, pelos quais parece querer atribuir-se-lhe uma dimensão quantitativa. Como se, em cada tipo de crime, fosse possível determinar *a priori* um limiar mínimo da ilicitude, abaixo do qual a ofensa ou colocação em perigo do objecto da acção já não seriam típicas <sup>(69)</sup>.

A dimensão da afectação do corpo implicada na circuncisão não explica o afastamento da dig-

---

<sup>(68)</sup> V., por exemplo, M. D. A. FREEMAN, “A child’s right to circumcision”, 74; Mark SWATEK-EVENSTEIN, “Das beschnittene Recht; Alexandra JORZIG, “Die Zirkumzision im Spannungsfeld zwischen Glaubenstradition und Strafrecht”, in *25 Jahre Arbeitsgemeinschaft – 25 Jahre Arzthaftung*, Berlin/Heidelberg: New York: Springer, 2011 (177-186), 182-183; Daniel NEUMANN, “Bund und Bekenntnis”, *Jüdische Allgemeine*, 24.03.2011; Alexandra JORZIG, “Strafbarkeit der rein religiösen Zirkumzision bei nicht einwilligungsfähigem Jungen”, 2012; Katrin LACK, “Rechtliche Überlegungen zur religiösen motivierten Beschneidung von Jungen im Kindesalter”, *ZKJ* (9), 2012 (336-343), 336.

<sup>(69)</sup> Assim, Heribert OSTENDORF, demarcando o princípio da insignificância da ideia de adequação social, liga-o ao desvalor do resultado e, em concreto, à intensidade da lesão, funcionando assim como uma limitação quantitativa do resultado típico, enquanto a adequação social limitaria, segundo juízos qualitativos, a acção típica (v. “Das Geringfügigkeitsprinzip”, 344-345).



nidade penal da conduta ou da necessidade de pena. Não é que se possa dizer isso de qualquer remoção de substância corporal – é difícil imaginar que cortar um cabelo ou um pêlo de uma sobrancelha possa realizar um tipo de crime. Mas é também difícil imaginar que a remoção de uma substância corporal não regenerável não o possa fazer.

Cortar um dedo pequeno, arrancar um olho ou remover o prepúcio são condutas que, pela sua dimensão, não se podem dizer *insignificantes*. A nossa constatação, note-se, é ainda meramente negativa: a dimensão da lesão não permite afirmar que a circuncisão religiosa escapa ao âmbito problemático da norma que determina a punição da ofensa à integridade física. Tal não impede que outras considerações nos levem a essa conclusão, por enquanto carente de fundamentação.

## **6.2. A circuncisão religiosa como conduta socialmente adequada?**

### **6.2.1. A adequação social**

O princípio da insignificância não é elemento exclusivo de ponderação. Se o que nos interessa é ajuizar da materialidade problemática dos factos que nos ocupam, de modo a descobrir a pertinência concreta do abstracto sentido normativo, aquele princípio integra-se num procedimento mais amplo de valoração da conduta em causa por referência ao sentido problemático da norma.

Parecem-nos, assim, substancialmente correctas as intuições de Ribeiro de FARIA, quando perspectiva o princípio da insignificância como elemento interpretativo, a integrar-se numa ponderação quantitativa-qualitativa global da conduta. Essa ponderação decidirá da (ir)relevância jurídico-penal do comportamento, por meio do apuramento da danosidade social que, em última análise, explica a ilicitude material de um facto. Entende Ribeiro de FARIA que a esta valoração global nos obriga o pensamento fundamental da *adequação social* <sup>(70)</sup>.

A figura da adequação social tem origem, como se sabe, nos estudos de WELZEL <sup>(71)</sup>. De acordo com a sua formulação original, o comportamento socialmente adequado não é típico, na medida em que não contraria o sentido social de valor contido no tipo. A adequação social aparece como

---

<sup>(70)</sup> V. Paula Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social*, 320 e ss. e 324-325. Sobre esta figura v. *ibidem*.

<sup>(71)</sup> Em concreto, ela aparece formulada em Hans WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: Walter de Gruyter, 1975 (120-184), 141-142, do seguinte modo: “Dann scheiden aber weiter (...) alle Handlungen für den Unrechtsbegriff aus, die sich funktionel innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen”.

uma espécie de uma válvula de escape, pela qual funcionaria a necessária referência do tipo objectivo à ordem ético-social. Nesta perspectiva, o comportamento típico é sempre socialmente inadequado.

Explicava WELZEL que os bens jurídicos não são peças de museu protegidas por redomas de vidro. Vivem na interacção social, não existem fora do mundo <sup>(72)</sup>. Se, segundo as regras dessa interacção social, um certo comportamento não ofende o bem jurídico protegido por um tipo penal, então não se poderia dizer que a conduta é típica <sup>(73)</sup>.

Nesta perspectiva, a tipificação tem uma lógica axiológica própria. Por meio da cláusula de inadequação social, o tipo efectua uma selecção material de entre as condutas que, *a priori* ou formalmente, o realizam – funcionando assim como um filtro dos comportamentos jurídico-penalmente relevantes.

Este entendimento combina bem com a recusa, por WELZEL, de uma visão meramente formal do tipo <sup>(74)</sup>: poderia uma conduta realizar externamente o tipo, mas, no seu sentido mais profundo, não ter um carácter ofensivo. Na presença de uma conduta que, de acordo com um juízo subsuntivo, preenche o tipo, o intérprete-aplicador teria de estar atento às representações ético-sociais em causa, de modo a poder confirmar a verificação de um sentido ofensivo do bem jurídico.

A conhecida imagem dos bens jurídicos em redomas de vidro é persuasiva. Os bens jurídicos vivem no mundo real. Nos museus, as redomas servem para proteger os objectos expostos da deterioração – mas uma coisa que não pode perecer não está viva.

---

<sup>(72)</sup> O que significa que o juízo de tipicidade estaria viciado aí onde se tomasse o bem jurídico numa “condição estática de intangibilidade”: Carlo FIORE, *L’Azione Socialmente Adeguata nel Diritto Penale*, Napoli: Morano, 1966, (por exemplo) 95 e 129 e ss.

<sup>(73)</sup> V. Hans WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», 140 e ss. Para verdadeiramente se compreender estas ideias, há que ter em conta que elas aparecem na decorrência da crítica de WELZEL a uma concepção objectiva e meramente naturalística da acção, implicada numa visão do comportamento típico como mera causação de uma lesão do bem jurídico. Para WELZEL, a doutrina do crime construir-se-á como um desenvolvimento da doutrina da acção, tomada *ab initio* como fenómeno da existência comunitária, impregnada de significado ético-social no seu modo de aparecer. Só assim se levaria a sério a ideia de que a realidade jurídica é a realidade da vida prática: *idem*, 124-125 e *passim*. Pode dizer-se que, ao lado da estrutura ontica (final) da acção, a referência social na obtenção do significado do comportamento típico aparece como o outro “grande postulado” ou “segundo pilar” do original pensamento de WELZEL sobre a tipicidade [as expressões citadas são retiradas de Yesid REYES ALVARADO, “Theoretischen Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 105 (1), 1993 (108-136), 114 e 115]. Já foi muitas vezes notado, porém, que este “segundo pilar” (o da valoração global da acção) assumia mesmo, nesta fase inicial, predominância: v. Manuel CANCIO MELIÁ, “Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung”, *GA*, 142 (9), 1995 (179-191), 187; Paula Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social*, 35º e 38 e ss.

<sup>(74)</sup> Pelo menos numa primeira fase do seu pensamento. Ao longo da evolução posterior, porém, a acção, em WELZEL, parece ir perdendo o seu carácter social – lamentando isso mesmo, Figueiredo DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 73<sup>21</sup>. Refira-se também que apenas temos em conta a primeira fase do pensamento de WELZEL sobre a adequação social. Não nos interessa, portanto, o período seguinte, em que o autor a considerou uma causa de justificação consuetudinária, por ir pressuposto no referido entendimento uma neutralidade valorativa do tipo (v. *idem*, 77). Sobre as fases do pensamento de WELZEL sobre a adequação social, v. Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social*, 58 e ss.

Se o bem jurídico-penal constitui a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” <sup>(75)</sup>, então as perspectivas sociais constituem momento essencial da consideração do bem jurídico que se quer proteger e, mais concretamente, da medida em que ele carece de protecção. Do mesmo modo que não conhecemos uma pessoa pela sua estátua, mas sim pela sua vida, só apreenderemos verdadeiramente o bem jurídico-penal se o inserirmos no seu quotidiano.

Em que circunstâncias se poderá dizer que um comportamento é socialmente adequado?

Não se pode dizer que WELZEL tenha contribuído muito para a resposta a esta questão, visto que não desenvolveu os requisitos que, em teoria, um dado comportamento deveria cumprir para se considerar socialmente adequado <sup>(76)</sup>. Mesmo os seus exemplos não ajudam muito, a julgar pela frequência com que o próprio WELZEL ia abdicando deles. Tal não impede, no entanto, muitos autores de aceitarem a figura, considerando mesmo alguns a circuncisão religiosa como exemplo de uma conduta socialmente adequada.

### 6.2.2. A posição de EXNER

Saber se estamos na presença de um caso de adequação social é, precisamente, uma das questões que têm marcado o debate sobre a relevância jurídico-penal da circuncisão religiosa. O autor que mais desenvolvidamente tratou este ponto, até ao momento, é Thomas EXNER <sup>(77)</sup>. Começemos por atentar nas suas ideias.

Partindo das definições de WELZEL e da jurisprudência alemã, EXNER considera que o comportamento socialmente adequado deve preencher três requisitos: não gerar a desconfiança ou suspeição sociais (“soziale Unverdächtigkeit”), ser objecto de aceitação geral (“allgemeine Billigung”) e constituir uma prática usual (“geschichtliche Üblichkeit”) <sup>(78)</sup>.

De modo a cumprir o primeiro requisito, o comportamento deve apresentar-se inconspícuo

---

<sup>(75)</sup> Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 114.

<sup>(76)</sup> Para uma síntese de algumas tentativas do desenvolvimento referido, v. Albin ESER, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in *FS für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2001 (199-212), 203 e ss.

<sup>(77)</sup> V., deste autor, *Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, *passim*. Diz EXNER que o único ponto unânime na discussão parece mesmo ser o de que a questão da adequação social está necessariamente envolvida: *idem*, 27. Crítica, porém, os autores que se têm pronunciado sobre a adequação social da circuncisão religiosa (num ou noutro sentido), pela parca fundamentação: *idem*, 59 (com referências bibliográficas).

<sup>(78)</sup> V. *idem*, 131 e ss. (em especial, 133 e ss.).

(“unauffällig”). Não se trata aqui de nenhum momento de aceitação ou valoração social positiva da conduta em causa, mas sim da mera constatação fáctica de que a sua ocorrência não origina nenhum tipo de perturbação da vida social, não obstante o preenchimento formal do tipo <sup>(79)</sup>.

A pequena dimensão da lesão não constitui um factor decisivo <sup>(80)</sup>. Importante é que o comportamento, já normalizado na vida social, apareça como expectável, *rectius*, não surpreendente <sup>(81)</sup>.

A ausência de conspicuidade explica-se pela padronização: a estrutura fáctica em causa adquiriu uma tal uniformidade e uma tal previsibilidade que a conduta se mostra já enraizada na sociedade. A factualidade que se adequa a tal padrão está tão normalizada que não causa surpresa nem alarme sociais: a repetição do lugar, objecto, agente, motivação, etc., faz com que se possa falar numa conduta já cristalizada, típica de uma dada comunidade ou grupo social <sup>(82)</sup>.

Quanto ao segundo requisito, trata-se de saber se o padrão comportamental merece a aceitação geral <sup>(83)</sup>. Exige-se a aceitação de uma parte importante da comunidade, mas não necessariamente do seu conjunto <sup>(84)</sup>. Essa aceitação há-de ter por objecto o padrão comportamental, não o comportamento concreto <sup>(85)</sup>, e ela não implicará necessariamente sanções (a nível social) para os agentes que se recusem a adoptar a conduta que deles se espera – assim, por esta última referência, se distinguindo o *padrão comportamental* da *norma social* <sup>(86)</sup>.

Na concretização do procedimento a seguir para verificar a existência da aceitação geral,

---

<sup>(79)</sup> *Idem*, 134.

<sup>(80)</sup> EXNER recusa assim a insignificância como requisito da adequação social, não obstante reconhecer que o grau diminuto da ofensa, onde se verifique, terá um importante papel indiciador da “Unauffälligkeit”: *idem*, 134 e ss. De todo o modo, para EXNER, o princípio da insignificância, decorrente do princípio constitucional da proporcionalidade (*idem*, 136), não actua como delimitador da tipicidade (excepto onde haja exigências nesse sentido previstas na própria formulação legal), antes é explicado pelo funcionamento de institutos processuais como o princípio da oportunidade: *idem*, 135<sup>11</sup>.

<sup>(81)</sup> Seria esta dimensão de “normalidade” que começaria por caracterizar a adequação social de um comportamento: v. Hans WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, 151; Hans Joachim HIRSCH, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, *ZStW*, 74 (1), 1962 (78-135), 79; mais desenvolvidamente: Carlo FIORE, *L’Azione Socialmente Adeguata*, 141 e ss. Salientando-a a propósito da terceira fase do pensamento de WELZEL sobre a adequação social, Karl PETERS, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, in Günter Stratenwerth et al. (ed.), *FS für Hans Welzel. Zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin/New York: De Gruyter, 1974 (415-429), 420.

<sup>(82)</sup> V. Thomas EXNER, *Sozialadäquanz im Strafrecht*, 137 e ss. EXNER recorre, entre outros exemplos, ao do passageiro que entrou por engano num comboio que não é o seu e tem de esperar ainda vários quilómetros até poder sair na paragem seguinte. Neste caso, a lesão (contra a liberdade do passageiro) não seria insignificante, visto que a detenção a que se vê forçado pode durar horas. Não estaria realizado, porém, o tipo de sequestro, pois o maquinista leva a cabo uma conduta previsível, normalizada: em regra, os maquinistas param nas estações de acordo com o horário previsto e só aí os passageiros podem abandonar o comboio (v. *idem*, 140).

<sup>(83)</sup> *Idem*, 142 e ss.

<sup>(84)</sup> *Idem*, 144. Deste modo, a adequação social não se confunde com o costume, salientando EXNER que WELZEL, na definição de adequação social, se referia às diversas ordens sociais, não a uma ordem apenas: *idem*, 115 e ss. Além disso, a adequação social não exige a convicção de obrigatoriedade, também por aqui se apartando do direito consuetudínario (*idem*, 117-118).

<sup>(85)</sup> *Idem*, 144-145.

<sup>(86)</sup> *Idem*, 145-146.

EXNER parte da ideia de que a desaprovação jurídico-penal do comportamento que se dá ao nível do tipo tem uma natureza formal, pois atende apenas, por assim dizer, à imagem externa da conduta. Daí a necessidade do critério da adequação social, destinado a intervir como um corrector que, fazendo funcionar pontos de vista de natureza material, poderia operar a referência do comportamento à valoração social positiva e, com isso, levar ao afastamento do juízo de tipicidade. Hão-de estar em causa, deste modo, elementos fácticos não considerados inicialmente naquele juízo formal de desaprovação, mas trazidos agora à colação pelo critério da adequação social <sup>(87)</sup>.

Esses elementos fácticos reconduzem-se às motivações do agente, cujo objecto não se há-de esgotar na lesão de um ou mais bens jurídicos tipicamente protegidos. Ele agirá segundo certos ideais ou representações de valor (“Wertvorstellungen”) que enquadram a sua intenção. Dado que objecto da aceitação é o padrão comportamental e não a conduta concreta, em causa estão aqui as concepções sociais (do grupo ou comunidade respectivos) pelas quais se orienta a motivação do agente (enquanto membro dessa comunidade) <sup>(88)</sup>. Trata-se, em suma, de considerar mais do que a mera vontade formal de lesar o bem jurídico. Essas representações deverão constituir um motivo dominante de acção – a ponto de caracterizarem essencialmente o padrão comportamental <sup>(89)</sup>.

Não se tratará, porém, de qualquer concepção material, mas apenas daquelas que ainda têm correspondência nas representações valorativas da Ordem Jurídica. Por isto, condutas como a do homicídio da mulher infiel para defesa da honra não se podem dizer socialmente adequadas, ainda que se possa identificar um padrão comportamental nos termos referidos <sup>(90)</sup>.

Tendo por base uma concepção do Direito Penal como subsistema cultural e expressão do espírito colectivo que constitui a comunidade cultural, conclui então que certas condutas, não obstante preencherem formalmente o tipo, não podem ser consideradas típicas, na medida em que tal juízo contrariaria a consciência jurídica geral <sup>(91)</sup>.

Por fim, quanto ao terceiro requisito, exige-se que o comportamento se tenha normalizado por meio de uma consolidação histórica e, como tal, se tenha estabilizado – ou seja, exige-se a comprovação de que está em causa um padrão comportamental com um largo tempo de existência na sociedade. Só deste modo, aliás, se deixaria comprovar a aceitação geral <sup>(92)</sup>.

---

<sup>(87)</sup> *Idem*, 146 e ss.

<sup>(88)</sup> *Idem*, 146-147.

<sup>(89)</sup> *Idem*, 147.

<sup>(90)</sup> *Idem*, 148 e ss. Diga-se que o autor se refere, naturalmente, à Ordem Jurídica alemã.

<sup>(91)</sup> *Idem*, 151 e ss.

<sup>(92)</sup> *Idem*, 154 e ss. Como exemplos de condutas que cumprem os dois primeiros requisitos, mas não o terceiro, aponta-se aí os casos das tatuagens e *piercings* efectuados em menores incapazes de consentir.

Considera EXNER que a circuncisão religiosa masculina, ao contrário da excisão clitoridiana, cumpre estes três requisitos constituindo, portanto, uma conduta (na medida em que se subsuma ao respectivo padrão comportamental) socialmente adequada e atípica <sup>(93)</sup>. Note-se que o autor não baseia a diferença na medida da gravidade de cada intervenção <sup>(94)</sup>, pois não considera que a insignificância da lesão seja requisito da adequação social.

Conseguirá o pensamento de EXNER fundamentar a atipicidade da circuncisão religiosa e explicar convincentemente a diversidade de tratamento dos casos de circuncisão e excisão?

Tanto o primeiro como o terceiro requisitos da adequação social possuem um carácter meramente empírico. A sua constatação é apenas descritiva. O segundo requisito (a aceitação geral do padrão comportamental), pelo contrário, envolve algo mais. Aí temos já um momento (também) valorativo: segundo EXNER, as motivações que caracterizam o padrão comportamental terão de ser compatíveis com as representações de valor da Ordem Jurídica.

Por envolver ponderações valorativas, é sobretudo este segundo requisito que nos vai interessar mais à frente. Para já, porém, tentemos perceber a explicação que o autor dá para o elenco dos três requisitos.

EXNER parte da ideia de que o sistema normativo, ainda que tomado como auto-referencial e autopoietico, não está hermeticamente fechado a influências extra-jurídicas. O sentido da norma jurídico-penal só poderia ser correctamente apreendido se, na interpretação da mesma, tivermos presente a referência, nela pressuposta, à realidade social <sup>(95)</sup>.

Com a adequação social, porém, de acordo com EXNER, WELZEL pretendia algo mais ousado do que isto. Mais do que dar a devida relevância ao papel da referência social na criação, interpretação ou aplicação da norma jurídica, tratar-se-ia de reconhecer, ainda que dentro de certos limites, força normativa à mera facticidade. Já não a imposição da referência ao *ser* na determinação do conteúdo intencional do *dever-ser* normativo, mas a possibilidade de o *ser*, sob certas condições, afastar esse *dever-ser*, prevalecendo, portanto, sobre aquela intencionalidade. E procura desenvolver e sustentar essa possibilidade do seguinte modo.

Segundo EXNER, a irredutível distância entre facticidade e conceitualização – que explicaria a impossibilidade de se concluir pela pertinência de um conceito a partir de um facto como tal – torna

---

<sup>(93)</sup> *Idem*, 168 e ss.

<sup>(94)</sup> De facto, considera ocorrer na circuncisão uma lesão importante da integridade corporal do menor, pelo que, por aí, não se poderia excluir a tipicidade: *idem*, 30 e ss.

<sup>(95)</sup> V. *idem*, 120-121.

inoperante a utilização de um método dedutivo conceitual-analítico na interpretação da lei, uma vez que a conclusão lógica do processo dedutivo apenas se dá no âmbito das relações conceituais <sup>(96)</sup>. Assim, tal método não permitiria descortinar a correspondência entre factos e conceitos típicos, pelo que o preenchimento do tipo só poderia ser aferido quando se abandonasse o âmbito conceitual da norma e se atendesse aos entendimentos sociais. Mesmo quando a interpretação nos permitisse obter claramente o sentido dos conceitos legais, portanto, sempre teríamos de atender às valorações sociais para perceber se a descrição conceitual dos factos do caso concreto pode ou não ser subsumida àqueles conceitos <sup>(97)</sup>.

Não tendo a relação entre caso e norma um carácter puramente lógico, o juízo que afere a pertinência dos conceitos típicos, genericamente formulados, por referência ao caso concreto teria de ser levado a cabo por uma instância com a capacidade para decidir que só se ganha com a experiência jurisprudencial. A aplicação dos conceitos abstractos (legais) dar-se-ia então através de uma (ainda que inconsciente) comparação do caso a decidir com os casos cuja subsunção à norma a aplicar esteja já pré-julgada <sup>(98)</sup>.

Tal comparação não se poderia limitar aos casos pensados pelo legislador histórico, na medida em que se queira manter a aplicabilidade das normas jurídico-penais às situações de conflito próprias da sociedade moderna. Por aqui pretende EXNER poder reconhecer uma influência da factualidade social sobre a própria determinação do conteúdo intencional do *dever-ser* formal <sup>(99)</sup>.

Para EXNER, esta influência aponta a possibilidade de operar uma outra (pré-)comparação, que visa reconhecer a conduta a julgar como socialmente adequada. Para o compreender, bastaria ter em conta que a artificialidade das normas jurídicas esconde o processo costumeiro da sua constituição: o direito positivo consagraria apenas determinadas tradições ou costumes e, desse modo, determinadas representações dos indivíduos e dos seus grupos sociais. Esta origem do direito estatal explicaria então a possibilidade de relevar os entendimentos sociais vigentes no momento de aplicação da norma, mesmo quando aqueles entendimentos não tenham, até à data, encontrado consagração expressa <sup>(100)</sup>.

Deste modo, segundo EXNER, a adequação social funciona como a porta que permite a actualização do extra-jurídico sobre o jurídico. E assim teria de ser, sob pena de ela se traduzir apenas num

---

<sup>(96)</sup> *Idem*, 125.

<sup>(97)</sup> *Idem*, 125-127.

<sup>(98)</sup> *Idem*, 127-128. EXNER vale-se aqui de concepções já consagradas (se bem que nem por isso imunes à crítica) na história do pensamento jurídico.

<sup>(99)</sup> EXNER, *op. cit.*, 128.

<sup>(100)</sup> *Idem*, 129.

filtro jurídico que decide o que releva à luz do Direito, utilizando nesse juízo valorações desenvolvidas apenas dentro do próprio Direito e tornando-se, desse modo, uma figura inútil <sup>(101)</sup>.

Não será de atender, porém, a todas e quaisquer representações sociais – e por aqui pretende EXNER afastar a teoria da força normativa dos factos. Só se deverá ter em conta aquelas representações concordantes com as valorações culturais da sociedade em geral (sociedade, essa, pluralista) e, desse modo, ainda em harmonia fundamental com a consciência jurídica geral da comunidade <sup>(102)</sup>.

Sendo difícil saber quando exactamente há uma contrariedade a estas representações culturais, defende EXNER que a constatação de que a conduta em causa já se estabilizou na sociedade, de que se refere já a um padrão comportamental (sendo, por isso, inconspícua), por um lado, e de que essa estabilização resulta do longo tempo de prática da conduta, por outro, justifica a presunção de que as representações sociais associadas a esse padrão comportamental estão em conformidade com a consciência jurídica comunitária.

Não haveria motivo para exigir, em tais condições, uma aprovação comunitária expressa. Se a conduta é levada a cabo segundo determinado padrão (que a faz aparecer como expectável ou não surpreendente) e se a repetição dos seus elementos se regista na sociedade desde há muito tempo, então aquela presunção só poderia ser afastada havendo uma rejeição clara da conduta, por parte da comunidade <sup>(103)</sup>. Um exemplo desta última situação (verificação daqueles dois requisitos e, simultaneamente, desaprovação pela sociedade) seria o caso da excisão <sup>(104)</sup>.

Como referimos, a circuncisão religiosa, segundo EXNER, constitui uma conduta socialmente adequada, pois cumpre os três requisitos.

Em primeiro lugar, destaca o autor que tanto relativamente à comunidade judaica como relativamente à comunidade islâmica, se pode falar de uma conduta já padronizada e expectável: a repetição do ritual (do seu momento, agentes, lugar, motivações, etc.) previne qualquer surpresa social <sup>(105)</sup> <sup>(106)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> *Idem*, 158-159.

<sup>(102)</sup> *Idem*, 129 e ss. e 159-160.

<sup>(103)</sup> Sendo que, segundo EXNER, não interessariam aqui as opiniões dos juristas: v. *idem*, 175.

<sup>(104)</sup> *Idem*, 158 e ss., em especial, 162-164.

<sup>(105)</sup> *Idem*, 169 e ss.

<sup>(106)</sup> A defesa da verificação deste primeiro requisito já mereceu críticas, que passam por dúvidas sobre se a circuncisão religiosa será realmente um caso em que não há uma perturbação da paz social [Holm PUTZKE, “Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung” (recensão crítica), *MedR*, 30 (3), 2012 (229-230), 230], ou mesmo pela certeza de que não é realmente assim [Holm PUTZKE, “Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer”, *MedR*, 30 (10), 2012 (621-625), 622; Rolf Dietrich HERZBERG, “Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?”, *MedR*, 30 (3), 2012 (169-175), 171]. Este requisito, porém, como dissemos, não nos vai preocupar: não envolvendo ele qualquer juízo de valoração, não só é insuficiente, por si só, para explicar a atipicidade da



Em segundo lugar, visto que com a circuncisão se busca aprofundar e fortalecer a identidade de grupo, defende EXNER que não se pode afirmar uma desconformidade com a consciência jurídica comunitária. A semelhança com o papel que o baptismo desempenha na comunidade cristã reforça essa ideia. É, por fim, decisivo notar que não se verifica, quanto à circuncisão, um juízo social claro de rejeição (ao contrário do que acontece relativamente à excisão) <sup>(107)</sup>.

Em terceiro lugar, é-nos explicado que tanto o ritual judaico como o islâmico, reportando-se a tradições das respectivas comunidades desde sempre conhecidas da sociedade alemã, podem dizer-se consolidados historicamente na sociedade e na consciência cultural alemãs <sup>(108)</sup>.

Já a excisão, pelo contrário, de acordo com EXNER, não pode ser tida como uma conduta socialmente adequada, por dois motivos: em primeiro lugar, não se tratando de uma prática historicamente consolidada na sociedade alemã, não cumpre o terceiro requisito; em segundo lugar e mais importante do que isso, a excisão serve fins de repressão sexual e, desse modo, não está de acordo com a consciência jurídica geral, pelo que o segundo requisito também não se pode considerar verificado. Dada a diferença essencial entre ambas as condutas, não se justifica então invocar a imposição constitucional de igualdade de tratamento entre homens e mulheres (artigo 3.º, n.º 2, da Constituição alemã) <sup>(109)</sup>.

### 6.2.3. Crítica da posição de EXNER e tomada de posição

Começamos por notar que as explicações para a prática da excisão não se prendem, em regra, com imposições de carácter religioso <sup>(110)</sup>, ao contrário do que sucede com a circuncisão judaica e a

---

conduta, como a ponderação decisiva terá sempre de caber no segundo requisito – aquele onde se deve levar a cabo um juízo material.

<sup>(107)</sup> *Idem*, 173-174 e 176-178.

<sup>(108)</sup> *Idem*, 182 e ss. (explicando aí a irrelevância da predominância judaico-cristã na sociedade alemã para efeitos de afastamento deste requisito quanto ao ritual islâmico).

<sup>(109)</sup> *Idem*, 186-187.

<sup>(110)</sup> V. Silva DIAS, “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana” *RPCC*, 16 (2), 2006 (187-238), 196. Deve referir-se, no entanto, que o sentimento de dever religioso é, efectivamente, motivador em muitos casos de excisão: v., por exemplo, ABU-SAHLIEH, “To Mutilate in the Name of Jehovah or Allah: Legitimization of Male and Female Circumcision,” *Medicine and Law*, 13 (7-8), 1994 (575-622), cap. II; Thomas von der OSTEN-SACKEN/Thomas UWER, “Is Female Genital Mutilation an Islamic Problem?”, *MEQ*, 14 (1), 2007 (29-36). Rogaia Mustafa ABUSHARAF nota que, não obstante a excisão ser praticada por adeptos de diversas religiões e apesar de não ser mencionada no Corão nem praticada com frequência nos países islâmicos fora de África, ela é mais comum entre os africanos islamitas: v., desta autora, “Unmasking Tradition”, *The Sciences*, 38 (2), 1998 (22-28). Já ABU-SAHLIEH explica como a circuncisão feminina foi em tempos defendida pelos juristas clássicos muçulmanos (ainda que muitas vezes apenas como prática recomendável, não obrigatória), subsistindo hoje em certos países muçulmanos: v. *Circumcision Masculine et Féminine*, 158, 164 e 169.

islâmica. A excisão constitui, no entanto, um importantíssimo ritual nas comunidades onde é praticada <sup>(111)</sup>.

Muitas vezes, o ritual da excisão é fundamental no processo de desenvolvimento da identidade sexual da excisada, na medida em que é comum, nestas comunidades, a crença numa indistinção biológica, em termos de género, do(a) recém-nascido(a) – de modo que só com o corte do clitóris a mulher será apenas mulher <sup>(112)</sup>. Só então ela está verdadeiramente disponível para se juntar a um companheiro e ter descendência. Não admira, assim, que as mães que sujeitam as filhas à excisão se justifiquem com o medo de que a filha, não sendo excisada, nunca conseguisse arranjar marido e fosse mesmo ostracizada <sup>(113)</sup>.

A conclusão a retirar, por paradoxal que pareça, é a seguinte: a excisão, uma intervenção reconhecidamente lesiva e gravemente prejudicial para o aparelho reprodutor feminino, bem como para a capacidade de ter e disfrutar de relações sexuais, pode ser, afinal, condição indispensável para uma vida sexual normal nestas comunidades (“normal”, naturalmente, segundo os padrões aí vigentes). Pelo que é difícil concordar que a motivação da repressão sexual caracteriza essencialmente este padrão comportamental <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(111)</sup> Julian NIDA-RÜMELIN, usando o exemplo da excisão, fala mesmo em práticas “constitutivas da comunidade” (“*gemeinschaftskonstitutiv*”), que determinam a sua coesão, ao ponto de aquele que rejeita a prática se colocar, com essa recusa, fora da comunidade: v., deste autor, *Über menschliche Freiheit*, Stuttgart: Reclam, 2005, 143. Não obstante, entende NIDA-RÜMELIN que práticas como a da excisão, apesar do papel determinante nessas sociedades e mesmo que não sejam sentidas como tal pelas visadas, constituem tratamentos humilhantes (“*demütigend*”), violadores do respeito por si mesma (“*Selbstachtung*”) da excisada e, como tal, não podem ser aceites. Na base destas ideias está uma concepção normativa universalista da dignidade da pessoa humana e, por extensão, dos direitos humanos, que explica que o juízo sobre o carácter ofensivo (no que respeita à dignidade do visado) de uma conduta será independente da perspectiva individual dos seus agentes activos e passivos: v. *idem*, 131 e ss., 134 e ss. e 141 e ss.

Numa entrevista sobre a circuncisão (“*Gesetzgeber ist bei Beschneidung in der Pflicht*”, 2012), NIDA-RÜMELIN considera contraditório ter por lesão dos direitos humanos toda a intervenção nos genitais femininos e mudar de opinião consoante a mudança de género. Logo a seguir expressa dúvidas, porém, sobre o carácter lesivo da circuncisão, dadas as incertezas na literatura médica. Acaba por defender a intervenção expressa do legislador e propõe (com muita indecisão) uma solução compromissória como a da lei sueca.

<sup>(112)</sup> V. Silva DIAS, *op. cit.*, 197.

<sup>(113)</sup> *Idem*, 197-198.

<sup>(114)</sup> Diga-se que os autores que EXNER invoca (*op. cit.*, 187<sup>477</sup>) neste ponto – nomeadamente, MILLER, BUMKE, GOLLAHER e KENTENICH/UTZ-BILLIG – não parecem, na verdade, poder ajudá-lo. O primeiro salienta o motivo da repressão sexual, mas, além de referir que esse é apenas um entre outros motivos, nota que ele ocorre também na circuncisão (e salienta mesmo que a excisão tem lugar quase exclusivamente em sociedades que também praticam a circuncisão, apontando várias semelhanças culturais entre ambas; deste modo, torna-se ainda mais difícil perceber a diferença de tratamento): v. Geoffrey P. MILLER, *Circumcision: A Cultural-Legal Analysis*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series (Working Paper 6), 1999, 104 e ss. e 111. BUMKE refere apenas o papel cultural da excisão como rito de iniciação e de passagem à idade adulta, para além de notar que ela é essencial para o acesso à instituição do casamento: Ulrike BUMKE, “Zur Problematik frauenspezifischer Fluchtgründe – dargestellt am Beispiel der Genitalverstümmelung”, *NVwZ* (4), 2002 (423-428), 425-426. GOLLAHER, na sua exposição sobre a excisão (*Circumcision*, 187 e ss.) dá conta da invocação das mais diversas motivações pelos seus defensores, indo elas muito além da mera repressão sexual (v., por exemplo, 198-199). Por fim, os últimos autores caracterizam a excisão como um rito de iniciação e integração na comunidade, símbolo de feminilidade e garantia de fidelidade ao marido: Heribert KENTENICH/Isabell UTZ-BILLING, “Weibliche Genitalvers-

Note-se que não negamos que este acto possa também visar a repressão sexual. Mas trata-se de um propósito instrumental: o objectivo de inibir o desejo sexual está fundamentalmente ligado à importância da virgindade nestas sociedades. Pela supressão dos instintos lascivos, a excisão permitirá à mulher manter-se virgem e, como tal, honrada. E é como mulher honrada que poderá encontrar um companheiro que a aceite <sup>(115)</sup>. Deste modo, dizer que a excisão não cumpre um dos requisitos da adequação social por se destinar àquele fim repressivo parece-nos redutor.

Este ponto, todavia, não nos interessa em si mesmo: o que nos preocupa não é propriamente a exactidão empírica das referências de EXNER. Interessam-nos antes as implicações desta relativização das motivações da excisão.

No seu significado social e cultural, a excisão pode ter um papel tão importante nas comunidades de origem africana como a circuncisão numa comunidade judaica ou islâmica. Dado que as finalidades da excisão não podem ser simplesmente resumidas a ideias de repressão sexual, parece não se poder explicar por aí a falta do segundo requisito da adequação social.

A complexidade do jogo de motivações e implicações sociais da excisão não permite reduzir as suas finalidades ao objectivo sádico da repressão sexual. Ela abrirá o debate, pelo contrário, à contra-argumentação do praticante da excisão, que procurará defender que os motivos por que se guia ainda podem traduzir-se em representações de valor com correspondência nas Ordens Jurídicas ocidentais (por exemplo, a preocupação com a formação da identidade, sexual e não só, da jovem).

De facto, ao nível do papel social que têm ambos os rituais, bem como ao nível das motivações, a circuncisão e a excisão são demasiado parecidas para que se possa justificar por aí um tratamento diferenciado. Bastará pensar, por um lado, nos casos de excisão em que os agentes invocam deveres religiosos como motivo exclusivo para realizarem a operação; por outro lado, no facto de que o propósito da repressão sexual não se pode dizer alheio da história da circuncisão (incluindo a religiosa) – bem pelo contrário – sendo, ainda hoje, um motivo presente em alguns casos <sup>(116)</sup>.

O pensamento de EXNER, na perspectiva da defesa da punibilidade da excisão, é frágil, porque demasiado exposto à argumentação de base empírica. O que EXNER faz, com a sua concepção de adequação social, é dar uma oportunidade aos apoiantes da excisão para sustentarem a legitimidade da mesma. Por isto, já lhe foi dirigida a crítica de que, na hipótese de judeus e muçulmanos pratica-

---

tümmelung: Lebenslanges Leiden”, *Deutsches Ärzteblatt*, 31.03.2006 (842-845), 842. O próprio EXNER, aliás, refere o papel da excisão como rito de iniciação e condição de casamento: *Sozialadäquanz im Strafrecht*, 186.

<sup>(115)</sup> V. Nawal El SAADAWI, *The Hidden Face of Eve – Women in the Arab World*, 2.<sup>a</sup> ed., London/New York: Zed Books, 2007, 50.

<sup>(116)</sup> V. GOLLAHER, *Circumcision*, 104-105; ABU-SAHLEH, *Circumcision Masculine et Féminine*, 207 e ss. e 226 e ss.

rem a excisão em vez da circuncisão – e nos termos em que hoje esta é efectuada nessas comunidades, i. e., segundo uma prática ritualizada imposta por um mandamento religioso –, teria EXNER de aceitar a adequação social da excisão (supondo que a reacção social seria a mesma que hoje existe quanto à circuncisão) <sup>(117)</sup> <sup>(118)</sup>.

Assim, se não é o segundo requisito a explicar porque constitui a circuncisão religiosa, ao contrário da excisão, um caso de adequação social, resta o terceiro requisito. E é aqui que aparece a crítica acabada de referir: bastaria que a excisão tivesse a mesma consolidação histórica na sociedade alemã que tem hoje a circuncisão para ser considerada socialmente adequada. E isso (é o que está pressuposto na crítica) é tido por inadmissível.

Esta objecção também aparece, sob outras formas – ou antes: com outros exemplos –, dirigida genericamente contra aqueles que recusam a punibilidade da circuncisão religiosa recorrendo a um ou outro ponto dos que EXNER toma como requisitos para a exclusão da tipicidade. Com efeito, os defensores da circuncisão religiosa invocam frequentemente, como argumentos, a antiguidade da prática, bem como a sua disseminação.

A linha de raciocínio que estrutura este tipo de discurso é a que conclui sobre o *dever-ser* a partir do *ser*. Os defensores da circuncisão que recorrem a esta argumentação crêem – ainda que implicitamente, ou mesmo inconscientemente – que o simples facto de a circuncisão existir, de ser praticada por um grande número de pessoas e de ser praticada há milhares de anos permite concluir (ou, pelo menos, presumir fortemente) que não há nada de fundamentalmente errado com ela, i. e., nada que justifique condená-la.

Não é difícil imaginar exemplos que demonstram de imediato que a mera tradição não permite sustentar de modo nenhum a solução que aqueles autores defendem. Aceitemos hipoteticamente que, numa dada comunidade, de acordo com um ritual aí pré-determinado, todos os pais aplicam aos filhos, periodicamente, um determinado número de chicotadas <sup>(119)</sup>. Ou que todos os primogénitos são mortos à nascença <sup>(120)</sup>. Ou que todos os rapazes são castrados <sup>(121)</sup>. Aceitemos também, em todos estes exemplos, que essas práticas são usuais, têm séculos de tradição e nenhum ou pratica-

---

<sup>(117)</sup> Lembre-se que não relevaria qualquer diferença em termos de gravidade da lesão, visto que isso, para EXNER, não é um factor decisivo, e até porque ele mesmo salienta a gravidade dos danos causados com a circuncisão: v. *supra*, nota 48.

<sup>(118)</sup> V. PUTZKE, “Sozialadäquanz im Strafrecht”, 229.

<sup>(119)</sup> V. PUTZKE, *ibidem*.

<sup>(120)</sup> V. Rolf Dietrich HERZBERG, “Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung”, JZ, 64 (7), 2009 (332-339), 337.

<sup>(121)</sup> V. *Idem*, “Religionsfreiheit und Kindeswohl – Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?”, ZIS, 5 (7-8), 2010 (471-475), 475.

mente nenhum dos membros (adultos) dessas comunidades ousa sequer colocá-las em causa. Podemos até imaginar que elas seriam impostas por mandamentos religiosos.

Estamos em crer que ninguém hesitará em defender a ilicitude material de tais condutas – sem que tenham qualquer relevância a sua antiguidade e a disseminação – e designemos tais exemplos, por isso, como “absurdos” (para futura facilidade de exposição). Se essa solução estiver correcta – se, portanto, a antiguidade e a disseminação não podem explicar a impunidade das condutas referidas nos exemplos –, ela terá de valer também para a circuncisão religiosa.

Não se pretenda, porém, que os “exemplos absurdos” não são válidos, por terem uma solução (juízo de ilicitude) óbvia. Uma objecção deste tipo diria o seguinte: de facto, tais condutas são simplesmente inaceitáveis numa sociedade civilizada e, dada a repulsa unânime que provocam, nunca seriam toleradas. Assim, a questão nem se colocaria, como se coloca hoje quanto à circuncisão religiosa. Por isso, aqueles exemplos nada revelam de análogo, quando comparados com a circuncisão. O caso da excisão, de resto, é uma confirmação disto mesmo <sup>(122)</sup>.

Tal objecção, porém, não procederia, desde logo, porque se traduz em repetir a utilização da mesma linha de raciocínio que se quis precisamente criticar, se bem que numa vertente negativa: agora não se está tanto a querer retirar ilações sobre o *dever-ser* a partir do *ser* (*se a conduta é praticada em muitos lugares e há muito tempo, deve ser permitida*); está-se antes a querer concluir pelo *não-dever-ser* (pela invalidade da proibição) a partir do *não-ser* (*se a conduta não é condenada pela grande maioria das pessoas na grande maioria dos lugares em que é praticada, não deve ser proibida*).

Esta objecção começa logo por falhar metodologicamente. Pois se a crítica que enunciámos, com base nos “exemplos absurdos”, se destinava a atacar a ideia de que se pode concluir sobre o *dever-ser* a partir do *ser*, ela não pode, naturalmente, ser refutada por qualquer raciocínio baseado nessa mesma ideia. Estar-se-ia a responder à crítica pressupondo como válido aquilo que, precisamente, se quis criticar <sup>(123)</sup>.

Isto não significa, porém, que esta crítica (a que recorre aos “exemplos absurdos” para demonstrar que a antiguidade e a disseminação não constituem fundamento de validade da prática

---

<sup>(122)</sup> Uma outra objecção seria a de que não é por acaso que tais exemplos são apenas imaginados, dado o seu carácter bárbaro, e, por isso, não podem ser tomados seriamente em conta. Ao que se responderia facilmente com o caso da excisão, bastante real, por mais bárbaro (como tem sido muitas vezes designado) que possa ser considerado pela generalidade das sociedades ocidentais. E, infelizmente, não é difícil encontrar exemplos pelo mundo fora de práticas mutiladoras com larga tradição nas respectivas comunidades.

<sup>(123)</sup> Mesmo que isto não bastasse (e cremos que basta), sempre se poderia responder à convicção de que a circuncisão religiosa deve ser permitida por ser praticada por muita gente e há muito tempo com a ideia, de sentido inverso, mas que recorre à mesma lógica, de que a circuncisão religiosa deve ser proibida, visto cerca 70% dos homens do mundo não serem circuncidados: v. HERZBERG, “Die Beschneidung gesetzlich gestatten?”, 495-496.

da circuncisão religiosa) não deva ser sujeita a (outro tipo de) escrutínio. Escrutínio, esse, que deverá possibilitar a utilização da crítica como argumento válido, no âmbito das condicionantes axiológicas e sistemáticas próprias do Direito Penal. É o que se fará de seguida.

Fixemos, para começar, o seguinte: atentando nos “exemplos absurdos”, podemos afirmar com segurança que a tradição não pode, por si só, explicar o afastamento de uma proibição. A partir daí, a crítica que enunciámos conclui que a antiguidade e a disseminação da circuncisão não são factores que façam recuar a punibilidade.

Ora, esta crítica esconde um pressuposto. Recorrendo a exemplos em que a solução da impunidade seria intolerável, parte-se da convicção de que essas condutas devem, efectivamente, ser punidas. A lógica do argumento é, em primeira linha, simples: se a mera tradição não explica o afastamento da punição nos “exemplos absurdos”, também não poderá explicar esse afastamento no caso da circuncisão religiosa.

A crítica deixa por dizer, porém, o essencial: por que motivo há-de ser punida a circuncisão? É a realização do tipo de ilícito que tem de ser demonstrada e não o afastamento da tipicidade.

A crítica terá, portanto, de ser entendida de maneira a poder sujeitar-se a uma contra-argumentação que a ponha à prova e que, desse modo, a possa validar. Para isso, vamos atender ao enunciado nela pressuposto e que agora explicitamos: a circuncisão religiosa realiza o tipo penal porque nela se verifica o mesmo ou os mesmos elementos que explicam a realização desse tipo nos “exemplos absurdos”.

Este é o pressuposto escondido na crítica referida: importa trazê-lo à luz, como acabamos de fazer, para o pôr à prova, pois só assim saberemos se ela procede.

Tornamos, assim, à linha questionadora essencial que nos orienta neste momento da investigação: pode afirmar-se, no caso da circuncisão religiosa, o juízo material de ilicitude que sustenta a tipicidade? <sup>(124)</sup> Para responder, teremos de começar por perceber de que modo pode esse juízo ser afirmado nos “exemplos absurdos”. Pois sabemos já que a solução judicativa do caso concreto se constrói também recorrendo à experiência decisória jurisprudencial – e tal experiência há-de ser entendida como abrangendo necessariamente as soluções dos casos cuja solução é tida como óbvia.

Em todos aqueles exemplos ocorre uma afectação do corpo e da saúde da vítima. E em todos eles essa afectação é grave. Já vimos que o caso da circuncisão, em que ocorre também uma afectação do corpo, não pode ser visto como exemplo de aplicação do princípio da insignificância, pois a

---

<sup>(124)</sup> Aceitamos aqui como fundamentalmente correcta a ideia de que “todo o tipo é tipo de ilícito” e o pensamento que nela vai implícito: Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 265 e ss. (a expressão consta da p. 268).

dimensão da lesão não explica o afastamento da dignidade penal e da necessidade de pena.

É altura de retomarmos a seguinte constatação (já antes sustentada): a problematidade que estrutura a constelação fáctica envolvida na circuncisão religiosa, guiando-nos no questionamento da validade desse acontecer, permite-nos descortinar a norma que pune a ofensa à integridade física como hipoteticamente aplicável. Há, por assim dizer, um primeiro juízo de conformidade entre ambos os núcleos problemáticos: a circuncisão religiosa coloca, precisamente, o problema jurídico-penalmente relevante da validade da afectação do corpo nela envolvida.

É essa afectação, na medida em que nela se concretizam, pelo menos em abstracto e articuladamente, os princípios da dignidade, da necessidade e da ofensividade, que reclama uma solução judicativa por mediação do critério decisório da norma do artigo 143.º A antiguidade e a disseminação da prática, por si só, não contrariam este juízo inicial de conformidade.

Se o juízo que se quer construir é o que afirma (ou recusa) a ilicitude material da conduta, a confrontação entre problemas (o problema pressuposto na norma-critério e o problema jurídico que estrutura o caso a decidir) deve, porém, prosseguir na indagação sobre a fundamentação e a justificação da norma que aparece como hipotético critério de decisão.

O que vimos até agora foi, em primeiro lugar, que a circuncisão religiosa coloca um problema de afectação da integridade física do menor; de seguida, vimos que a lesão implicada tem uma dimensão tal que podemos dizer adequada uma eventual solução punitiva construída a partir daquele critério, na medida (e ainda apenas nessa medida) em que não se trata aqui de uma lesão insignificante; por fim, constatámos a aparente irrelevância da antiguidade e da disseminação da conduta, para efeitos do juízo de ilicitude material.

O terceiro requisito elencado por EXNER para aferir a adequação social não parece poder explicar a atipicidade de nenhum comportamento, visto que – e tal como o primeiro requisito – consiste numa mera constatação fáctica que, por si só, nada diz sobre a ilicitude material da conduta. A não ser que se pretenda dar relevância à tradição e disseminação apenas enquanto indiciadores de um outro elemento – elemento que já seria importante para o juízo de ilicitude.

Cremos que é este, precisamente, o propósito de EXNER. Com efeito, como vimos, o primeiro e o terceiro requisitos servem apenas, no fundo, para se poder presumir a aceitação geral, ou seja, para se poder considerar verificado o segundo requisito – constituindo este, afinal, o momento decisivo. Saber se a conduta se adequa a um padrão comportamental já incrustado na vida comunitária não nos permite afirmar que a conduta deve ser lícita, mas talvez seja importante enquanto forte indício de que há uma aceitação geral daquele padrão comportamental e, desse modo, de que a con-

duta não contradiz a consciência jurídica geral, não podendo, por isso, ser ilícita. Esta parece-nos ser, resumindo, a proposta do autor referido.

Não fica totalmente claro, porém, o critério para confirmar que há, efectivamente, uma aceitação geral. Ao aprofundar a investigação sobre este requisito, EXNER parece defender que o seu exame passará pela verificação do primeiro e terceiro requisitos, de modo a legitimar a presunção de que essa aceitação existe – presunção que só seria de afastar em caso de clara desaprovação social. Já quando se refere à excisão, porém, o autor não acentua a rejeição social desta intervenção, como seria de esperar; opta antes por salientar as motivações que guiam esta conduta: a excisão não é objecto da aprovação necessária à atipicidade porque envolve propósitos de repressão sexual. Aqui parece ser já um juízo puramente qualitativo a decidir da aceitação geral.

Seja uma ou outra a leitura mais correcta do pensamento do autor (ou, eventualmente, a conjugação de ambas), a verdade é que nenhuma das vias pode salvar, a nosso ver, a tentativa de EXNER.

Comecemos pela via do juízo qualitativo. Vimos que as motivações que guiam os agentes dificilmente poderão explicar a diferença de tratamento entre circuncisão e excisão. Não apenas porque é demasiado redutor explicar a excisão pelo propósito de repressão sexual, mas também porque essa motivação nem se pode dizer completamente ausente dos casos de circuncisão <sup>(125)</sup>. Não há uma distinção clara entre as motivações associadas a um padrão comportamental e outro. E seria fundamental conseguir uma distinção nítida, se fosse ela a justificar que, apesar de todas as semelhanças, uma intervenção constitui um facto típico e ilícito e a outra não.

Tudo isto, porém, se reconduz à exactidão de dados empíricos. Não é este o ponto decisivo. Aceitemos, por hipótese, que a excisão se explicaria apenas por um desejo sádico de prejudicar gravemente a mulher na sua vida sexual. Será esse desejo que explica a tipicidade da conduta?

Dir-se-á que estamos a inverter indevidamente o raciocínio. Pois não se trata de dar relevância a motivações para fundamentar a ilicitude típica, mas sim para a afastar.

A nossa convicção, porém, é a seguinte: as motivações que guiam os agentes da circuncisão são irrelevantes para afastar a tipicidade da conduta, exactamente do mesmo modo que o são as dos agentes da excisão para fundamentar essa tipicidade <sup>(126)</sup>.

---

<sup>(125)</sup> O que, aliás, merece referência do próprio EXNER: *Sozialadäquanz im Strafrecht*, 187<sup>478</sup>.

<sup>(126)</sup> É claro que um desejo sádico como o referido poderia relevar, por exemplo, para saber se a conduta não constituirá uma ofensa à integridade física qualificada, nos termos do artigo 145.º, n.º 1, al. b), conjugado com o artigo 132.º, n.º 2, al. e). Não é a isso, porém, que nos referimos, mas sim ao dolo do tipo fundamental (ofensa à integridade física). Nem se invoque o complexo normativo das disposições que determinam a atipicidade, do ponto de vista do crime de ofensa à integridade física, das condutas motivadas por intenção terapêutica. Pois aí trata-se de uma específica



Lançamos dúvidas sobre a exactidão da descrição (de EXNER) das motivações dos agentes da excisão. Só que essas dúvidas serviram-nos apenas para deixar indiciado que não pode ir por aí um critério de distinção entre condutas. Esse critério teria de ser suficientemente forte para poder explicar porque são duas condutas, apesar de todas as semelhanças, fundamentalmente diferentes. Sem essa distinção forte, aquelas condutas, mais do que parecidas, poderão ser análogas e, como tal, merecer o mesmo tratamento. Ora, se constatamos que as motivações que movem uma conduta e outra partilham, afinal, os pontos que se pretendia serem diferenciadores, então elas nunca poderão servir um critério de distinção forte.

O que agora queremos deixar claro, contudo, é algo mais do que isso: ainda que os quadros motivacionais se distinguíssem nitidamente, isso não explicaria de modo nenhum a diferença nas soluções jurídico-penais.

Em primeiro lugar, lembremos que as motivações, na medida em que não interessam ao dolo (do tipo) de ofensa à integridade física, não constituem elementos típicos.

Em segundo lugar, sempre se poderia dizer, contra a afirmação acabada de fazer, que as motivações podem ter o condão de alterar o sentido da actuação do agente ao ponto de tornar atípica uma conduta que, vista apenas externamente, é típica <sup>(127)</sup>. Mesmo admitindo que assim é, porém, tal nada nos diz sobre o motivo por que se há-de considerar ser isso o que acontece com as motivações religiosas da circuncisão de crianças. De facto, estamos convencidos de que as motivações referidas são perfeitamente compatíveis com o juízo de ilicitude material da conduta concreta, conforme resultará este da experimentação do critério de solução (da norma) no caso concreto <sup>(128)</sup>.

---

decisão legal a determinar a relevância dessa motivação. Relevância, essa, explicada, naturalmente, pelo sentido das respectivas condutas, destinadas a melhorar (de um ponto de vista global) a situação do bem jurídico e, por isso, tidas, sob certas condições, como não merecedoras do juízo de tipicidade. Algo que não sucede nos casos de circuncisão e excisão, em que o bem jurídico integridade física não obtém qualquer melhoria (bem pelo contrário), pelo que não se justifica qualquer pretensão de fundamentar a adequação do critério pensado para intervenções médico-cirúrgicas aos casos de circuncisão religiosa e excisão.

<sup>(127)</sup> É o que poderá acontecer, por exemplo, nos casos resolvidos por mediação do critério do artigo 16.º, n.º 2, para quem defenda que a solução desses casos passa pela exclusão do dolo do tipo, como acontece com Américo Taipa de CARVALHO: v., deste autor, *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, reimpr. da 2.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, 341 e ss. (em especial, 344 e ss.). Quanto a nós, temos por mais correcto o entendimento de que se deve excluir o dolo da culpa: v., neste sentido, Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 396 e ss.

<sup>(128)</sup> Se não desenvolvemos agora este ponto, alias, é porque cremos que o próprio EXNER está de acordo com ele, visto que o que defende é, como se viu, a relevância da mera factualidade para fazer recuar a própria intenção normativa; pelo que parece concordar, implicitamente, que a afirmação dessa intenção normativa implicaria, à partida, a tipicidade da conduta, *apesar daquelas motivações*. Quanto a essa possibilidade (de a mera mudança de motivações poder levar ao recuo da intenção normativa), remetemos para o que diremos a seguir sobre a segunda leitura do pensamento de EXNER que indicámos (segundo a qual, decisivo seria constatar a ausência de uma rejeição social clara da conduta). É que, em última análise, essa segunda leitura parece ser a única possível, visto que, aceitando-se a primeira, sempre se teria de perguntar pelo critério qualitativo que decide quais as motivações que estão ainda de acordo com as representações de

Se a mulher responsável pela sujeição da sua filha à excisão alegar que o fez por amor a essa filha, ou porque, por exemplo, está absolutamente convencida de que se não o tivesse feito, a filha estaria condenada ao sofrimento eterno no inferno, relevaria isso para afastar a tipicidade da sua conduta? As motivações dos agentes da excisão não explicam a tipicidade dos seus actos e também não podem afastá-la. O mesmo sucede com a circuncisão. As motivações não explicam, em suma, a ilicitude material de uma conduta como a excisão. E cremos que não explicarão a atipicidade da circuncisão.

Tentemos agora, porém, a outra leitura do pensamento de EXNER – nomeadamente, da ideia de que, na falta de uma clara desaprovação social da conduta e na condição de ela se adequar a um padrão já estabilizado na vida comunitária, poderá considerar-se que há uma aceitação geral desse padrão e, desse modo, ter a conduta como socialmente adequada.

Se o que importa, afinal, é saber se a comunidade não se manifesta abertamente contra a conduta, terá EXNER conseguido superar os problemas que envolvem as perspectivas sociológicas sobre a constituição do direito? Porque parece ser delas que realmente se trata.

Com efeito, este segundo requisito traduz-se apenas numa constatação fáctica – ainda que ela assuma, ao contrário do que acontece com os outros dois requisitos, uma vertente negativa: tudo se resume a saber se não há aquela manifestação social de rejeição <sup>(129)</sup>. Se dessa constatação retira EXNER que a conduta não atenta contra a consciência jurídica geral e, como tal, deve ser tida como válida, então ele parece estar realmente a conferir (ainda que de modo condicionado) força normativa à mera factualidade.

Começemos por notar a correcção intuitiva de EXNER (melhor: de WELZEL), quando afirma a necessidade de, no exame das circunstâncias do caso concreto (aquando da averiguação da tipicidade), não nos bastarmos com a perspectiva que atende àquelas circunstâncias como correlato dos elementos típicos; teríamos, além disso (e seguindo ainda o pensamento aqui em análise), de levar a cabo um juízo material que buscaria confirmar se, no caso concreto, pode ser afirmado o sentido ofensivo típico (situado este, portanto, para além da sua descrição formal na previsão legal) – sendo que, para isso, teríamos, eventualmente, de atender a circunstâncias não previstas no tipo de crime.

---

valor essenciais da comunidade. E aí EXNER responderá que, estando verificados os outros dois requisitos da adequação social, bastará presumir, na falta de uma clara desaprovação social, que aquela concordância existe. Tudo se reconduz, em suma, segundo nos parece, à segunda leitura que enunciámos.

<sup>(129)</sup> Poderíamos também referir que fica pouco claro o grau, ou até o modo em que essa rejeição se deverá manifestar (assim, já PUTZKE, “Sozialadäquanz im Strafrecht”, 230). Não salientamos essa dificuldade, porém, porque se trata de um ponto menor: não é por aí que se resolveriam os principais problemas do pensamento de EXNER, que trataremos já a seguir.

Se falámos, quanto às ideias acabadas de referir, em correcção, é porque entendemos, em primeiro lugar, que é a adequação material do critério decisório contido na norma legal que explicará a sua aplicabilidade <sup>(130)</sup>. Com efeito, na medida em que o critério decisório se traduz na solução prescrita, em abstracto, para um problema jurídico pressuposto, o critério normativo da solução do caso concreto será sempre uma *norma-problema*. Pelo que o juízo que decide da aplicabilidade dessa norma terá de ser um juízo de confrontação de problemas (como já referimos). E é claro que para apurar a problematicidade jurídica do caso, teremos de ter em conta todas as circunstâncias que emprestam a este a sua individualidade histórica. Pois só assim poderemos verdadeiramente perceber se há analogia entre os tipos de problema em confronto.

Em segundo lugar, se percebermos que é a norma, não o texto da norma <sup>(131)</sup> – ou seja, é a intenção normativa – o objecto da interpretação, compreenderemos necessariamente que são os fundamentos normativos do critério decisório aquilo que nos permitirá concretizar a solução do caso decidendo. Trata-se, por isso, como facilmente se percebe, de um juízo fundamentalmente material. Esse juízo pode, assim, levar à conclusão de que, não obstante a referida aplicabilidade hipotética, as circunstâncias do caso se revelam, afinal, atípicas. WELZEL falaria aqui numa tipicidade meramente formal: nem toda a lesão (ou colocação em perigo) do objecto da acção (que corporiza o bem jurídico) há-de ser típica.

No fundo, o pensamento da adequação social intui correctamente o efeito neutralizante de uma concepção formal da descrição típica: só um juízo material permite aferir a adequação da norma, não a mera constatação da correspondência a um dos significados possíveis do seu texto <sup>(132)</sup>.

Se qualificámos essa correcção como intuitiva, porém, é porque ela assenta em construções que não partilhamos. A adequação social parece-nos um instrumento que, impregnado de boa vontade, pretende corrigir um certo método de interpretação e aplicação da lei – método, esse, que os defensores da figura pressupõem, porém, como fundamentalmente correcto. O que significa que se

---

<sup>(130)</sup> Aplicabilidade, lembre-se, apenas hipotética, pois fica ainda por obter a solução decisória do caso jurídico (através da reelaboração concreta daquele critério, ou seja, pela sua experimentação).

<sup>(131)</sup> V. Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, 147 e ss.

<sup>(132)</sup> Nem se diga que esse é, precisamente, o papel dos elementos da interpretação (literal, histórico e sistemático); interpretação que serviria assim o papel de fixar o sentido correcto de entre os sentidos possibilitados pela letra da lei. Pois foi já constatado há algum tempo que a prática jurisprudencial não obedece a essa lógica: aqueles elementos da interpretação aparecem, frequentemente, apenas *a posteriori*, como meio de fundamentar uma decisão sobre o caso já anteriormente tomada (v. Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972, 7 e ss.). O que permite desde já pressentir que há algo de fundamentalmente errado com a concepção normativista da interpretação – nomeadamente, a ideia de que a interpretação jurídica se destina a fixar o sentido de uma norma, esquecendo-se assim o seu carácter normativamente constitutivo. Desenvolveremos isto (se bem que apenas nos pontos essenciais para a nossa investigação) no que se segue no texto.

recusarmos essa concepção metodológica que lhe vai pressuposta e se, em vez dela, perfilharmos uma outra que já dê conta (adequadamente) do que a adequação social tem de positivo (e até permitindo a rejeição do que nela é inaceitável), poderemos dispensar a figura.

A adequação social aparece como um instrumento de correcção dos resultados de uma interpretação que obedece a um procedimento dedutivo formal. Para isso, funcionaria ela como uma espécie de lanterna ao serviço do intérprete, que descobriria, no caso concreto, circunstâncias que, embora não indo consideradas na previsão legal, poderiam determinar a solução jurídica da atipicidade. A adequação social, em suma, teria a tarefa de iluminar essas circunstâncias, escondidas, *ab initio*, dos olhos da interpretação conceitual-dedutiva e, por isso, irrelevantes para ela.

O vício básico que invalida estas ideias, porém, é a crença de que na interpretação se trata de conhecer o sentido verdadeiro, autêntico, ou interno da norma – mesmo quando para isso se procura situar os elementos típicos no condicionamento histórico do caso decidendo. Pois é isso que está em causa quando se fala em “sentido social de desvalor contido no tipo” <sup>(133)</sup>. A adequação social permitiria, assim, chegar à intimidade do tipo, despindo-o das suas vestes formais. Como se houvesse um tipo sem roupa por baixo do tipo vestido: o primeiro estaria escondido, mas deveria ser encontrado, enquanto o segundo seria aparente, mas enganador. A adequação social, em suma, teria a função de despir o tipo <sup>(134)</sup>.

---

<sup>(133)</sup> Cremos que será enriquecedor perspectivar a esta luz a discussão sobre se o pensamento da adequação social não poderá ser reconduzido ao elemento teleológico da interpretação. Veja-se o exemplo de EXNER (para continuarmos com o autor que nos tem ocupado), segundo o qual as preocupações que explicam a figura da adequação social não podem ser satisfeitas pelos métodos (tradicionais) da interpretação das normas (*Sozialadäquanz im Strafrecht*, 101 e ss.). Diremos que se a adequação social não pode ser objecto daquela recondução, é apenas (certamente em EXNER, mas também noutros) porque se considera que esta figura busca atender a pontos que não podem ser devidamente tomados em conta por uma interpretação que tem como objecto o texto da norma e como objectivo o sentido subjacente ao texto, mas que, para o atingir, não deveria atender a elementos extra-sistemáticos. Só que esta indecisão e o próprio problema apenas existem por não se perceber que o elemento teleológico denuncia a necessidade de uma viragem no modelo interpretativo e a passagem de uma índole exegética para uma outra, normativamente constitutiva (v. António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 105-106). Adoptando um modelo que dê conta dessa necessidade, aquele problema deixa de ter sentido e a própria figura da adequação social (ou o que nela é intuitivamente correcto) pode ser dispensada: v. *infra*.

A questão sobre a possibilidade da recondução da figura da adequação social aos problemas da interpretação foi logo colocada por Hans J. HIRSCH, que defendeu a inutilidade da figura, visto que esta já cumprira o seu papel (mostrar a necessidade de aferir o desvalor da acção para afirmar a tipicidade): v., deste autor, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, *ZStW*, 74 (1), 1962 (78-135). A questão tem sido colocada nos últimos tempos, sobretudo, em face dos avanços das teorias da imputação objectiva, devidos particularmente ao contributo de autores como Wolfgang FRISCH: v., deste autor, sobretudo, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado* (trad. de Joaquín Cuello Contreras/José González de Murillo), Madrid: Marcial Pons, 2004.

<sup>(134)</sup> Interessante seria relacionar este vício, que condiciona a perspectiva sobre a interpretação jurídica – o de vê-la como a procura de um alegado sentido íntimo, escondido no tipo formal –, com o vício, mais básico, das intuições comuns sobre o funcionamento da linguagem – o de que o sentido de um conceito se apreende através da demonstração ostensiva do objecto que ele designa [v. António Brito NEVES, “Notas sobre Wittgenstein, Emoções e Direito Penal”, in Fernanda Palma et al. (coord.), *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2013 (81-110),

O processo de realização do direito não se resume, porém, a operações exegéticas e dedutivas: é um processo pelo qual o critério legal de decisão é reconstituído normativamente na decisão do caso jurídico, i. e., na solução que, normativamente constituída, é materialmente adequada à problematidade concreta que emana das circunstâncias do caso.

Ora, ao contrário do que implica aquela metodologia pressuposta pelo pensamento da adequação social, as circunstâncias concretas do caso não são apenas pontos de passagem obrigatórios no processo de compreensão da norma positiva: é o caso concreto que é ponto de partida; mais do que isso, ele é verdadeiramente o *prius* da experiência interpretativa – podendo, por isso, dizer-se que a determina. Pelo que é do caso que se parte para a norma, não o inverso. A interpretação jurídica destina-se apenas à correcta (i. e., materialmente justa) resolução do caso concreto, não à determinação do significado correcto de um texto normativo.

Isto obriga-nos, em suma, a recusar como inválida aquela perspectiva das normas como mero dado a ser apreendido – ainda quando, para uma correcta (material) apreensão das mesmas, se saliente que as circunstâncias do caso concreto são de tal modo importantes que essa apreensão se terá de fazer para lá da mera dedução conceitual.

E isto começa por se perceber do seguinte modo: tal esquema subsuntivo (ou destinado à subsunção), ainda quando sujeito a correcções materiais como as que importaria o pensamento da adequação social, começa logo por não dar conta de um momento fundamental: o da selecção da norma aplicável <sup>(135)</sup>.

Para determinar a norma aplicável, há-de ter-se em conta todas as circunstâncias concretas que, dando ao caso a sua fisionomia própria, nos permitam descortinar nele o que é juridicamente problemático. É a problematidade jurídica concreta do caso que condiciona e determina a aplicabilidade das disposições normativas. Não é o tipo, portanto, o critério da relevância problemática das circunstâncias históricas – como pressupõe a metodologia interpretativa normativista –, mas sim o inverso: os dados do caso relevam na medida em que se apresentam como problema jurídico, e é um autónomo juízo de juridicidade sobre o caso que determina a aplicabilidade de certa norma.

Bem vemos a insuficiência do modelo normativista quando percebemos que ele não dá sequer

---

83 e ss.]; e procurar saber de que modo o segundo vício condiciona (e explica) o primeiro. Investigação que, porém, não podemos levar a cabo aqui.

<sup>(135)</sup> Temos referido a norma aplicável por facilidade de exposição; com a consciência, porém, de que pode constatar-se a aplicabilidade hipotética de mais do que uma norma (nomeadamente, numa situação de pluralidade de leis aplicáveis em abstracto: v. Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 992 e ss. Sobre o problema da determinação da norma ou normas aplicáveis, v. António Castanheira NEVES, *Questão de Facto, Questão de Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica*, 1.º vol. (*A Crise*), Coimbra: Almedina, 1967, 253 e ss; Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, 46 e ss.

conta deste problema da norma aplicável: ao perspectivar a previsão legal como critério da relevância problemática dos dados do caso, no fundo, pressupõe já resolvida (sem explicar, porém, a resolução de) a questão da determinação da previsão legal pertinente.

De acordo com o modelo que perfilhamos, pelo contrário, é fundamental dar conta deste primeiro momento. Ora, o juízo autónomo de juridicidade <sup>(136)</sup> sobre o caso decidindo só o será verdadeiramente, como se percebe, quando resulte da consideração de todas as circunstâncias jurídico-problematicamente relevantes da situação. Pelo que, neste primeiro momento, livres dos limites negativos que hão-de pressupor-se no âmbito de qualquer critério decisório (e livres, naturalmente, porque nenhum critério decisório é ainda aplicável), poderemos e deveremos levar em conta todas as circunstâncias que relevem para apurar aquela problematicidade – em suma, todas as circunstâncias que constroem o pedaço de vida por cuja validade se questiona.

Uma vez seleccionada a disposição normativa pertinente, devemos lembrar-nos de que cada pedaço de vida é diferente de todos os outros: assim como não se repetem impressões digitais, não se repetem pedaços de vida. Cada caso jurídico traz um problema verdadeiramente novo e é à luz desta concreta e nova individualidade problemática que serão repensados (experimentados) os fundamentos normativos da norma-problema aplicável. Deste modo, o critério será reelaborado por referência aos pontos problematicamente relevantes do caso. O caso concreto apresenta-se, por assim dizer, como uma oportunidade de pensar de novo os fundamentos normativos da norma, servindo, assim, a realização progressiva da intenção fundamental do direito.

Tendo tudo isto em conta, podemos perceber que aquilo que o pensamento da adequação social correctamente intuía – i. e., que há que levar em conta todas as circunstâncias do caso relevantes para o apuramento da sua autónoma intencionalidade problemática, sem limites impostos pela previsão legal – não carece dessa figura para ser reconhecido como inevitável.

Sumariando o que acabou de ser dito, há-de atender-se, num primeiro momento, àquelas circunstâncias, sem as restrições dos limites da previsão legal, porque só o apuramento da autónoma intencionalidade problemática do caso permite a resolução do problema da norma aplicável. Num segundo momento, a relevância daquelas circunstâncias, mesmo as que não encontram uma objectivação conceitual na previsão legal sob análise (ou em qualquer outra), percebe-se facilmente quando

---

<sup>(136)</sup> “Autonomia” desse juízo que, podemos agora entendê-lo melhor, o aparta das disposições normativas, na medida em que não é meramente em função do texto legal que decidimos da relevância jurídica das circunstâncias concretas; antes será aquele juízo de juridicidade sobre o caso que nos permitirá determinar a aplicabilidade (hipotética) de uma certa (ou, eventualmente, de mais que uma) disposição normativa. Nesta medida, o caso concreto é o verdadeiro ponto de partida.

se tem em conta que por elas se apreende a fisionomia irrepetível do caso – pelo que é em função delas que serão repensados os fundamentos normativos do critério decisório e, portanto, é em função da intencionalidade problemática delas emanante que o critério de solução legal poderá cumprir a sua função de mediação no processo de realização do direito <sup>(137)</sup>.

Tudo isto permite (mas não impõe) a conclusão de que a circuncisão religiosa constitui uma conduta atípica. Adiantando já conclusões, porém, veremos que o pensamento de EXNER não explica essa atipicidade – o que permite adivinhar, desde já, que, nesse pensamento, são decisivos certos momentos que o autor atribui à adequação social, mas que nós não podemos aceitar <sup>(138)</sup>.

Começemos por salientar a passagem em que EXNER sustenta que a adequação social deverá funcionar como modo de atribuir relevância a valorações com sede extra-jurídica (i. e., que não têm expressão nos critérios positivados). Diz ele que em caso contrário (apenas se atenderia às valorações intra-sistemáticas), tratar-se-ia de uma figura inútil; isto porque se estaria a afirmar a redundante obrigatoriedade de decidir o que é relevante para afastar as normas de Direito de acordo com os critérios de relevância do próprio Direito.

Temos de reconhecer, em primeiro lugar, alguma exactidão neste pressentimento de EXNER. Já sabemos que é fundamental começar por tomar em consideração todas as circunstâncias que individualizam o caso concreto como pedaço de vida histórico único e que, nessa medida, relevam como colocando um problema jurídico, pois só assim se começará por resolver o problema da norma aplicável. Mas não dispondo ainda de uma previsão legal (que apenas poderia funcionar como critério se a vida real produzisse situações formatadas segundo os modelos problemáticos que estruturam as normas legais), como determinaremos a relevância jurídico-problemática das circunstâncias do caso? <sup>(139)</sup>

Essa relevância só existe na medida em que a situação coloca um concreto problema jurídico: os factos não interessam como meros factos, mas apenas na medida em que trazem um problema de

---

<sup>(137)</sup> A constatação do carácter ilusório das pretensões de determinar o conteúdo da ordem normativa pelos tradicionais meios da interpretação lógica, histórica e sistemática, bem como a investigação da pré-compreensão (sobre a juridicidade problemática do caso decidendo) com que se parte para o processo interpretativo, são, precisamente, o mote da citada obra de Josef ESSER (*Vorverständnis und Methodenwahl*). De tal modo que aquele processo, segundo este autor, não visaria tanto a obtenção da solução do caso, mas, sobretudo, conseguir um juízo de concordância que legitimaria a solução em face de (e, eventualmente, a adaptasse em função de) o sistema normativo.

<sup>(138)</sup> Sendo que resta saber se se trata de momentos realmente impostos pela pensamento original da figura: v. *infra*, nota 150.

<sup>(139)</sup> Essa determinação é, de facto importantíssima, na medida em que os casos não aparecem já dados ou formatados. Em boa verdade, os casos não existem e, por isso, eles têm de ser fabricados (nas palavras de HASSEMER, “Fälle gibt es nicht, sie werden hergestellt.”: Winfried HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 1990, 173). Ou seja, os casos hão-de ser construídos por meio do apuramento do que neles é factualidade juridicamente relevante.

direito que deve ser resolvido. Se está em causa o questionamento da validade da situação, o sentido desse questionamento começa logo por ser jurídico.

Esse sentido jurídico do problema não é determinado por qualquer critério decisório legal (não podemos ainda saber qual seria o adequado); ele é apurado tendo por base o horizonte de possibilidades axiológicas e dogmáticas já disponibilizadas pelo sistema normativo. Só em face das opções axiológicas já consagradas a um nível sistemático pode uma dada situação constituir um problema jurídico.

Isto não significa apenas (e nem sequer em primeiro lugar) que se há-de ter em conta as previsões das normas positivas – embora também isto, naturalmente, vá incluído, visto que o caso decidendo, posto que trazendo sempre um novo problema concreto, pode importar, simultaneamente, a reposição de um certo tipo de problema; pelo que bastará lembrar que aquelas normas positivas não são senão soluções prescritas, em abstracto, para problemas nelas pressupostos, para se perceber a sua natural importância na determinação do horizonte de relevância jurídica da problematidade de um caso <sup>(140)</sup>.

Antes disso, com efeito, a experiência jurisprudencial e a reflexão doutrinal hão-de assumir-se como importantíssimos instrumentos com que o jurista questiona a validade das circunstâncias sobre as quais se debruça. Pois não lhe oferece a experiência jurisprudencial um quadro de soluções já normativamente constituídas em outros casos que são, também eles, reposições (natural e necessariamente diversas na sua concretude) do mesmo tipo de problema? Constituição normativa, essa, que, posteriormente, há-de, desde logo, orientar o jurista na selecção do ou dos critérios decisórios hipoteticamente adequados a esse tipo de problema? E não se traduz tal casuística jurisprudencial numa experimentação reelaboradora desses critérios decisórios, reflectindo necessariamente, nessa reelaboração, os avanços no debate doutrinário – também ele, portanto, a ter aqui relevância? Enfim, não há-de essa experiência reelaboradora ser fundamental na compreensão e desenvolvimento dos fundamentos normativos daqueles critérios, já que é precisamente nos casos concretos que esses

---

<sup>(140)</sup> Referimos que não temos ainda, neste momento do apuramento da relevância jurídico-problemática das circunstâncias do caso, um critério disponível. E não estamos a contradizer-nos ao referir agora as disposições normativas como meio a utilizar (entre outros) naquele apuramento. Pois o que afastámos foi a ideia de que partiríamos de um critério já tido por aplicável para apurar o que é relevante no caso; não a ideia de que os vários critérios previstos podem ser interpelados, enquanto critérios possivelmente ou eventualmente aplicáveis, de modo a conseguir o referido apuramento. Se depois, em função das repostas obtidas, um dado critério é aceite como hipoteticamente aplicável, e se de novo se há-de tornar à investigação da materialidade problemática do caso concreto – de modo a confirmar, desde logo, a adequação problemática do critério –, tal apenas confirma a circularidade que tem sido apontada por diversas perspectivas ao processo interpretativo (fale-se num “ir e vir do olhar”, num “círculo hermenêutico” ou numa “espiral hermenêutica” não é aqui decisivo).



mesmos fundamentos adquirem significado prático? <sup>(141)</sup> <sup>(142)</sup>

Em suma, é realmente o sistema jurídico que pré-condiciona a própria colocação do problema a resolver, i. e., é ele que, inevitavelmente, nos dá o horizonte de possibilidades por referência ao qual poderá relevar problematicamente a questão a que se quer responder. Só que isto não nos obriga a aceitar uma figura como a da adequação social, de modo a satisfazer a preocupação de conseguir uma abertura valorativa do sistema. E o que atrás se desenvolveu já permite perceber isso.

Sabemos agora, com efeito, que não é apenas no âmbito da determinação da norma aplicável que se há-de atender a todas as circunstâncias do caso, de modo a determinar a sua problematicidade juridicamente relevante. Se o sistema oferece o horizonte da pré-compreensão com que se enquadrará inicialmente a problematicidade jurídica do caso, ele não limita, porém, o aprofundamento dessa problematicidade. É aqui que mais importa salientar que cada caso concreto é um pedaço de vida verdadeiramente novo.

O problema jurídico concreto, que começa, possivelmente, por sê-lo enquanto reposição de uma questão que já tem (modelo de) resposta numa ou mais normas positivadas, vem a assumir-se como um problema que, porque nunca antes considerado, não tem ainda, verdadeiramente, solução. E é como problema novo, com as suas exigências específicas, que ele servirá de oportunidade para interrogar os fundamentos normativos do critério legal. Os ganhos que advêm desta experiência decisória, tanto no que respeita à compreensão ou desenvolvimento da intencionalidade que fundamenta o critério aplicável como, eventualmente, a novas intenções constituídas por ocasião da própria experiência, passam depois a fazer parte do sistema.

Em suma, é o próprio processo de realização do direito que, em níveis diversos, nos impõe a consideração das circunstâncias fácticas do caso com independência da objectivação conceitual na previsão legal. E que igualmente nos impõe a consideração das valorações implicadas pelas intenções sociais que essas circunstâncias fácticas carregam.

Por outras palavras, é a índole normativamente constitutiva do processo interpretativo que

---

<sup>(141)</sup> Naturalmente que esta experiência poderá posteriormente ser questionada. Isto far-se-á, porém, sob um natural ónus de contra-argumentação (que comumente vemos cumprido pela jurisprudência, independentemente do sucesso obtido em cada caso), pelo que em nada contraria o que aqui dizemos.

<sup>(142)</sup> Aproveitemos para salientar que a constatação da reposição de um tipo de problema – e, por consequência, a convocação da judicial reelaboração experimental do ou dos critérios de decisão pertinentes a esse mesmo âmbito problemático que se repete – não apaga o que é problematicamente único no caso concreto. Se não conseguimos apreender a problematicidade jurídica do caso sem pressupostos sistemáticos, a verdade é que, por outro lado, a reposição de um tipo de problema só se dá na novidade do caso concreto que o repõe. Pelo que podemos dizer, com Fernando José BRONZE, que tanto naquele momento como neste se “entrelaçam (...) a repetição e o irrepetível”: v., deste autor, “Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica”, in *Analogias*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012 (9-29), 26.

explica que a consideração adequada da novidade problemática do caso concreto possa levar a que a solução do mesmo seja a da absolvição – mesmo que, num primeiro momento, tenhamos constatado (em face da objectivação conceitual) que o caso concreto apresentava uma reposição de um tipo de problema para cuja resolução se mostrava adequado o critério da respectiva norma legal (critério, esse, a apontar, naturalmente, uma solução punitiva, visto estarmos a falar de tipos de crime).

O propósito de adequação do sistema jurídico ao dinamismo da realidade social impõe, naturalmente, que aqueles desenvolvimentos concretizadores (das intenções normativas), obtidos nos casos concretos, sejam depois concatenados com o que já era adquirido no sistema; sendo que a solução do problema jurídico concreto não deixa de ser uma reelaboração normativa daquelas intenções. Tal não invalida, porém, que as particularidades do caso concreto venham a revelar a adequação material de uma solução que não pode ser obtida por mediação dos critérios decisórios disponibilizados em abstracto. Assim, não se exclui (pelo contrário, é natural) a emergência (da necessidade) de novos critérios, que divirjam, ou mesmo contradigam os prescritos pelo sistema <sup>(143)</sup>.

Resta saber se uma consideração adequada dos dados problematicamente relevantes do problema da circuncisão religiosa nos orientará no sentido da atipicidade da conduta, como EXNER pretende.

A circuncisão religiosa, implicando a remoção do prepúcio, repõe um tipo de problema que nos permite ter por hipoteticamente aplicável o critério que, enquanto solução abstracta para um problema de ofensa corporal, determina a solução da punição de tal conduta (artigo 143.º, n.º 1). Em face disto, o que temos de saber é se as particularidades daquele tipo de problema (tanto quanto as conhecemos, sabendo que cada caso constitui um pedaço de vida diferente e que aqui lidamos apenas com o tipo de problema envolvido nos vários casos de circuncisão religiosa) são susceptíveis de explicar uma solução (atipicidade da conduta) que não parece poder ser obtida por mediação daquele critério, visto que dele diverge frontalmente.

Temos, portanto, de procurar saber se a intencionalidade problemática do grupo de casos da circuncisão religiosa impõe a necessidade de um critério (constituendo) autónomo diverso.

O nosso sistema jurídico, como os restantes sistemas continentais, estrutura-se nos termos de uma legalidade codificada. A lei tem a preponderância na constituição do direito <sup>(144)</sup> e isso explica a

---

<sup>(143)</sup> Note-se, porém, que esses critérios autónomos, sendo divergentes daqueles positivados, não deixam de actuar apenas na mediação de uma intencionalidade que é ainda sistemática, pelo menos, na medida em que há-de poder ser concatenada com as intencionalidades já descortináveis no sistema.

<sup>(144)</sup> Sobre a experiência legislativa como constituinte de direito, v. António Castanheira NEVES, “Fontes do Direito – Contributo para a Revisão do seu Problema”, in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua*

vinculatividade dos critérios legalmente prescritos. Sendo a intencionalidade axiológica que fundamenta tais critérios o que lhes confere validade e, em última análise, juridicidade, pode perceber-se que só na medida em que essa intencionalidade revele o mérito problemático do caso concreto poderá o critério orientar a solução do problema que ele coloca.

Isto significa, como sabemos já, que o critério positivado e hipoteticamente aplicável pode ser afastado, por não conseguir cumprir a sua função de mediação na obtenção de uma solução materialmente adequada às particulares circunstâncias históricas; mas significa também a imposição, sobre quem pretenda efectuar tal afastamento, de um ónus de argumentação – argumentação que explique, na base racional de um diálogo com as intenções axiológicas do sistema (entendidas, sobretudo, na sua dimensão de direito a constituir), a inadequação fundamental do critério que as expressa.

Por aqui podemos começar já a descortinar, porém, a inaptidão básica do pensamento de EXNER para cumprir tais exigências argumentativas. Chegámos à conclusão de que nele tudo se resumiria a constatar que não há uma clara rejeição social do padrão comportamental em causa. Isso permitiria presumir uma correspondência desse padrão à consciência jurídica geral e, deste modo, não poderia considerar-se típica a conduta.

Ora, não nos parece que este método produza os frutos que EXNER pretende. O nosso propósito é o de mostrar que a constatação de que não há uma evidente desaprovação social da circuncisão religiosa não constitui uma circunstância que, por si só, justifique o afastamento do critério normativo do artigo 143.º Para isso, devemos começar por notar, porém, que EXNER propõe aquela constatação como um critério geral de atipicidade: os moldes do seu pensamento têm uma orientação universal.

Com isto, pretendemos salientar o seguinte: o facto de a comunidade não desaprovar abertamente um dado padrão comportamental nela estabilizado, na medida em que permitiria afirmar a concordância do mesmo com a consciência jurídica geral, imporia a conclusão da atipicidade em todos os casos de “preenchimento meramente formal do tipo”, não apenas nos da circuncisão religiosa <sup>(145)</sup>. O que significa que tal conclusão não resulta de se atender à materialidade problemática específica destes casos (ou de quaisquer outros); ela resulta, antes, de um raciocínio completamente aproblemático, que não está (nem pretende estar) condicionado por quaisquer particularidades que situem historicamente o caso decidendo.

---

*Metodologia e Outros*, 2.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (7-94), 23-28 e 86 e ss. V. também Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 722 e ss.

<sup>(145)</sup> Di-lo expressamente EXNER (argumentando contra ROXIN): trata-se, na adequação social, de excluir a aplicação de qualquer tipo (*Sozialadäquanz im Strafrecht*, 132).

Sabemos, porém, que a materialidade envolvida no momento jurisprudencial da realização constitutiva do direito (e tão intrinsecamente essencial como inevitável nessa realização) advém da (consideração adequada da) problematidade jurídica do caso; e sabemos que essa problematidade só pode ser apreendida por referência ao situado circunstancialismo histórico do problema. De facto, só na consideração jurídico-problemática das concretas circunstâncias do caso se poderá fundamentar a adequação material da solução decisória do mesmo e, deste modo, só aquela consideração permitirá concluir pelo afastamento da norma hipoteticamente aplicável.

Ainda de outro modo: se a aplicabilidade da norma começa por ser apenas hipotética (porque a solução por ela proposta ainda será objecto de experimentação); se a sua experimentação só pode ser feita em termos adequados, naturalmente, na medida em que se leve a cabo um juízo que demonstre a adequação da solução a que se chega por mediação dessa norma; se essa adequação, enfim, há-de ser aferida por referência a todos os elementos situacionais que dão ao caso o seu (irrepetível) carácter problemático, então um raciocínio que busca concluir pela obrigatoriedade de afastar uma norma com base em constatações de facto que, por um lado, não se procura ligar a quaisquer inferências qualitativas e, por outro, são totalmente independentes da problematidade concreta dos casos decididos parece-nos inadmissível.

É tendo isto em conta que se pode perceber a procedência da crítica que atrás nos propusemos submeter a escrutínio – nomeadamente, a que busca o paralelismo com casos como os dos “exemplos absurdos” ou da excisão. E a crítica parece proceder pelo seguinte: na medida em que o raciocínio proposto por EXNER não está pensado para nenhum caso específico, ele acaba por ser aplicável a todos os casos. Natural se torna então confrontar essa proposta com a justeza das soluções a que conduz. E a conclusão inescapável é a de que ela é de rejeitar, na medida em que não permite (nem sequer visa) apontar a relevância de qualquer elemento problemático para afastar a hipótese de solução (punitiva) prescrita na norma, por exemplo, para casos de excisão.

Entenda-se: a proposta de EXNER não falha por induzir em equívocos na selecção material dos elementos problematicamente relevantes. Ela falha antes por nem sequer pretender considerar a relevância problemática das circunstâncias do caso concreto. Porque não foi entendido que se o que se queria era afastar o critério proposto pelo sistema para casos que apresentem um certo tipo de problema, seria inescapável cumprir os termos (que já conhecemos) em que se há-de aferir a justeza material da solução que decide o caso – ou seja, teria de se demonstrar que uma consideração adequada dos elementos problemáticos dos casos de circuncisão religiosa leva a concluir que a sua materialidade impõe o afastamento do critério de punição da ofensa à integridade física. Mas a refe-

rida proposta abdica completamente de o fazer.

Uma hipótese de defender a viabilidade do pensamento de EXNER contra esta nossa argumentação seria a seguinte.

É verdade que esta proposta, no seu propósito de decidir da inadequação material do critério punitivo, não tem a preocupação de atender à concreta materialidade problemática do caso. Sabemos, porém, que, por um lado, se a justeza material da decisão do caso se há-se aferir por referência à concreta problematidade deste, por outro lado, essa decisão só será justa na medida em que constitua a afirmação de uma validade que fundamenta o seu critério. Com efeito, a decisão jurídica do caso há-de dar-lhe uma resposta que se mostre adequada ao problema e que, além disso, dê cumprimento a um certo sentido de justiça. A justiça da solução, em suma, não resulta meramente dos dados do conflito a resolver: à juridicidade da resolução de um conflito é inerente a distanciação normativa do critério que orientou essa resolução <sup>(146)</sup>.

Ora, o que a proposta de EXNER tentaria então afirmar é que a solução da atipicidade da conduta se imporia por razões que se prendem com a dimensão axiológica da normatividade. As normas positivas constituem expressões condicionadas de uma intencionalidade normativa em si mesma incondicionada. Tratando-se aqui da fundamentação da norma aplicável e, portanto, do problema da sua validade, naturalmente que as intenções axiológicas em causa poderão e deverão ser reconduzidas à consciência jurídica geral, enquanto expressão da fundamental ideia de Direito de uma comunidade numa dada época.

O exame da adequação social, nos termos em que EXNER o sugere, permitiria aferir, precisamente, em que medida a solução, obtida por mediação do critério normativo – e não obstante ir de encontro à intenção problemática deste critério –, contraria, porém, a validade que fundamenta a norma. E permitiria aferi-lo demonstrando a incompatibilidade dessa solução com a orientação da consciência jurídica geral. A explicação para a atipicidade destas condutas poderia ser encontrada, em suma, na componente sistemática, não na problemática, da realização do direito.

Não nos parece, porém, que esta resposta à nossa argumentação proceda.

Em primeiro lugar, ela não explica a dispensa da referência problemática ao concreto circunstancialismo do caso: este problema mantém-se. Orientando a argumentação para as consequências: continua por explicar a diferença de tratamento de casos semelhantes, pelo menos aparentemente, nos pontos decisivos. Ou seja, parece que se teria de aceitar a licitude de condutas como a da exci-

---

<sup>(146)</sup> «Die Konflikte „regeln sich“ nicht selbst in historischen Vorgängen, sondern sie sind zu regeln durch ein Handeln und Entscheiden, welches normative Maßstäbe in der Ebene gedanklicher Zielvorstellungen und Wertungen voraussetzt»: Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenvahl*, 35-36.

são, no caso de não se poder comprovar uma clara rejeição social da conduta.

Dirão, porém, os defensores da proposta de EXNER <sup>(147)</sup> (e isto leva-nos ao segundo ponto): os três passos referidos para dar por verificada a adequação social de uma conduta permitem, efectivamente, constatar que ela está de acordo com as essenciais representações de valor de uma comunidade, numa dada época. E tal (diriam ainda) legitima esta proposta. Pois se o juízo de adequação for positivo, de modo nenhum poderia haver uma punição do comportamento respectivo: a axiologia do sistema não permitiria, nesse caso, a validação dessa solução – bem pelo contrário. Contra aqueles que, orientados para as consequências, argumentassem com a hipótese da excisão, sempre se responderia que se trata de um falso problema, visto que nunca os requisitos da adequação social se poderiam dar por preenchidos em tal caso <sup>(148)</sup>.

Tudo assenta, porém, num pressuposto: o de que os três requisitos elencados constituem, efectivamente, um meio seguro de comprovar a conformidade à consciência jurídica geral. Pelo que tudo se desmorona se esse pressuposto falha. E cremos que isso acontece.

A questão prende-se, claramente, com o problema da manifestação da vinculatividade jurídica e, em última análise, da sua constituição.

Ora, dir-se-á, em abono do pensamento de EXNER, que parece compreensível que ele se baste com uma presunção de conformidade à consciência jurídica comunitária – presunção, essa, que o autor baseia na mera constatação de que não há uma manifestação social clara de rejeição; isto, note-se, em contraposição ao que seria de esperar (a exigência da comprovação de um juízo de aprovação por parte da comunidade). Se dizemos que parece compreensível aquela opção, é porque a diferenciação cultural, que caracteriza as sociedades hodiernas como a nossa, torna muito difícil (e particularmente em questões que envolvem especificidades religiosas) a comprovação de um tal juízo, a envolver a mobilização geral da comunidade. Pelo que tal via não é de estranhar.

Ainda a favor da proposta de EXNER, diga-se que ela atende (ou pretende atender) às duas vertentes da experiência constituinte do direito: a do dever-ser e a do ser, i. e., a da intencionalidade normativa e a da realidade de facto. Pois ela visa colocar a tónica na comprovação, precisamente, do

---

<sup>(147)</sup> E di-lo-ão confiantes, seguramente, de que nunca ocorreria a dificuldade de comprovar a rejeição social de uma prática como a da excisão

<sup>(148)</sup> V. a nota anterior. É também a esta luz que se há-de perceber a emotividade nítida de muitas tentativas de distinguir a circuncisão da excisão: além de tudo o mais, trata-se aí, com efeito, de fazer sentir que não há hipótese de a excisão deixar de ser reprovada pela sociedade. Por isso se adjectiva a prática como “bárbara” ou as sociedades que não a aceitam como “civilizadas”, para dar apenas dois exemplos.

dever-ser de um certo “sendo” <sup>(149)</sup>.

Deste modo, ao nível da constituição da vinculatividade jurídica (já referimos que é disso que se trata), não parece EXNER cometer o erro de atribuir relevância exclusiva à vertente da realidade (como sucede por exemplo, com a teoria da força normativa dos factos), pois trata-se de afirmar, como vimos, a correspondência à intenção fundamental do direito e, por aí, ao plano de validade <sup>(150)</sup>; também não parece cair no erro oposto: o de levar em conta unicamente a expressão positiva da normatividade sistemática, sem a devida consideração dos dados da realidade que, como já sabemos, condicionam aquela constituição (erro cometido pelo pensamento legalista do séc. XIX) <sup>(151)</sup>.

Todavia, se a intenção, nos termos em que acabámos de a expor, é boa, o seu método parece-nos inadequado e, por sê-lo, passível de conduzir a resultados erróneos. Os fins, com efeito, não justificam estes meios.

Vimos que, para EXNER, uma conduta só será socialmente adequada se puder ser reconduzida a um certo padrão comportamental – padrão, esse, já estabilizado na sociedade e aceite genericamente por esta. Concluímos, então, pela decisiva importância deste último ponto.

Aparentemente, como referimos, não se pode dizer que o autor cometa o erro daqueles que invocam a antiguidade e a disseminação da prática, como se elas, por si só, garantissem a sua validade. E isto porque parece conseguir ultrapassar uma dificuldade fundamental com que se prendem as teorias que visam atribuir à realidade social o exclusivo (ou quase exclusivo) papel de constituinte do direito. Referimo-nos ao problema da pressuposição da juridicidade nos factos (que deveriam consti-

---

<sup>(149)</sup> Pensamos aqui por referência à ideia, essencialmente correcta, de autores como ENGISCH, segundo a qual o direito é um dever-ser sendo, ou o dever-ser de um certo ser (“seiendes Sollen”), enfim, é o dever-ser que se comprove estar “vivo” (“Das Sollen ist hier ein lebendiges Sollen”): Karl ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.ª ed. revista, Heidelberg: Carl Winter Universität, 1968, 111-112 (reportando-se aí, aliás, entre outras referências, à ideia da adequação social: *ibidem*<sup>62</sup>).

<sup>(150)</sup> No que, aliás, se procura dar sentido ao que WELZEL já defendia no seu primeiro escrito sobre a adequação social: que nesta não relevaria somente uma componente funcional, mas também uma outra, valorativa. Pois não se trataria apenas de atender à frequência e disseminação de uma prática no quotidiano social, mas também à sua concordância com os valores fundamentais que estruturam a existência da sociedade (recusando assim reduzir a adequação social a uma ideia de adequação às regras do tráfego e rejeitando, assim, a doutrina da “Verkehrsmässigkeit”): “Studien zum System des Strafrechts”, 142<sup>37</sup>. V. também Karl PETERS, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, 425 e s.

A intenção de EXNER de atender a esta preocupação, parece-nos, porém, sair frustrada, pelo que se dirá *infra*.

<sup>(151)</sup> No fundo, tanto uma perspectiva como a outra cometem, na verdade, o mesmo erro, pois ambas adoptam a mesma perspectiva epistemológica: se bem que, num caso, cunhado pela estruturação social da realidade, e, no outro, fruto de uma arbitrária imposição político-estatal, o direito é aceite acriticamente por ambas as perspectivas como um pressuposto-dado, ignorando-se assim o seu momento problematicamente e axiologicamente constitutivo: v. António Castanheira NEVES, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (1.ª parte), *BFD*, 51, 1975 (115-204), *passim*, e a segunda parte deste estudo (com o mesmo título), em *BFD*, 52, 1976 (95-240), *passim*.

tuir essa mesma juridicidade) <sup>(152)</sup>. E resolve-o indicando um critério que, alegadamente, nos permite saber quando pode ser afirmada essa juridicidade: o critério da aceitação geral do padrão comportamental (que, por isso mesmo, nos confirmaria a adequação social da conduta).

Se as tradições sociais só terão força constitutiva de direito (determinando, para o que nos interessa, o juízo de atipicidade da conduta) quando se harmonizem com a consciência jurídica geral, essa harmonização seria então o critério da vinculatividade jurídica da factualidade social. Reconhecendo um valor ordenador às relações sociais historicamente constituídas, EXNER não prescinde de apontar, senão a índole do conteúdo de validade dessas relações, pelo menos o critério para reconhecer essa validade.

Notemos, em primeiro lugar, que o avançar com a figura da consciência jurídica geral traduz-se, no fundo, no reconhecimento implícito de uma obviedade: os factos sociais, por si mesmos, não oferecem qualquer critério para distinguir o que (e em que medida) é neles normatividade jurídica. A simples necessidade de um critério de distinção denuncia já a separação entre o plano da mera factualidade e o plano da axiologia que fundamenta a normatividade <sup>(153)</sup>. O que temos de saber, assim, é se a proposta de EXNER respeita o espaço que divide ambos os planos <sup>(154)</sup>, ou se não acaba ela por conduzir a resultados que traduzem uma indiferença axiológica, estranha à ideia de Direito.

Podemos dar por assente, assim, o seguinte: os meros factos não constituem direito, porque a afirmação dessa constituição exige um critério de juridicidade; se assim é, essa juridicidade tem, naturalmente, um conteúdo (de valor) que não se explica (não é originado) pela mera factualidade.

A proposta de EXNER parece reconhecer, deste modo, que na constituição do direito não vai apenas implicado o momento histórico-social que necessariamente condiciona essa constituição <sup>(155)</sup>. Intervém, antes disso, um momento axiologicamente intencional. E o conteúdo dessa intencionalidade não pode ser directamente retirado da historicidade social do acontecer. É por reconhecer isso (segundo a nossa leitura) que EXNER avança com a figura da consciência jurídica geral. Por ela se examinaria a conformidade da componente normativa do acontecer social à axiologia implicada na fundamental intenção de direito de uma comunidade, numa dada época.

---

<sup>(152)</sup> O problema traduz-se, resumidamente, no seguinte: se certos factos têm força normativa e outros não, no reconhecimento dessa normatividade vai implícita uma pressuposição de juridicidade dirigida àqueles factos – pressuposição inexplicável, visto que deveriam ser os próprios factos a constituir essa mesma juridicidade.

<sup>(153)</sup> Sobre isto e o parágrafo seguinte, v. António Castanheira NEVES, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (1.ª parte), 161 e ss.

<sup>(154)</sup> Espaço que, porém, não é o de um fosso intransponível, mas antes o de uma fronteira entre comunicantes – em que um (real-social) condiciona o outro (sem lhe excluir a autonomia intencional), e o outro (normativamente intencional) pressupõe o primeiro: sobre aquele condicionamento, v. a nota seguinte.

<sup>(155)</sup> V., sobre este condicionamento, desenvolvidamente, António Castanheira NEVES, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (2.ª parte), 170 e ss. e, em especial, 183-240.



Surge, porém, a questão de saber se o critério de EXNER realmente permite tal exame. E o primeiro problema está em que a validade deste critério não pode ser testada.

O pensamento de EXNER está, no fundo, viciado por uma petição de princípio. Avança-se com um critério que, supostamente, permite aferir a conformidade a um genérico padrão axiológico comunitário. Nada se diz, porém, sobre o conteúdo de tal padrão, pelo que não podemos verificar (nem nos casos de circuncisão religiosa, nem em qualquer outro) se esse critério é ou não falível. Não admira, portanto, que ele se queira bastar com uma presunção de conformidade e prescindir de um juízo assertivo.

Um critério que não conduz a respostas erradas por não poder ser posto à prova é um critério incapaz de conduzir a respostas certas.

Sabemos já que os dados da realidade histórica têm um fundamental relevo condicionante da jurisprudencial constituição normativa do direito. A decisão que dá solução a um caso traz uma solução *para* esse caso e, portanto, obtida tendo em vista os dados concretos do problema. Ela cumpre, porém, intenções axiológicas prévias ao próprio problema.

As tradições culturais e as relações comunitariamente consolidadas, no fundo, podem realmente ser aceites como objectivações histórico-sociais de uma jurídica validade normativa. Mas trata-se sempre da objectivação possível de um certo sentido intencional, de um momento subjectivo. Aqueles tradições e relações constituem apenas a expressão problemática desse momento subjectivo <sup>(156)</sup>.

A posição de EXNER não contraria frontalmente este pensamento. O reconhecimento de um momento subjectivo, constitutivo do direito (independente do momento da sua expressão objectiva), vai nela consagrado. O simples facto de propor um critério (para se poder descortinar o que é juridicamente normativo na ordenação das relações sociais) implica que EXNER aceita a autonomia entre um momento constitutivo e a realidade social; aceitando, deste modo, também que a validade jurídica que eventualmente reconheçamos a certos conteúdos normativos das ordenações sociais há-de deduzir-se daquele momento constitutivo e não da mera observância dessas ordenações.

Ora, sendo assim, o jurista há-de ter um papel importante na crítica destes conteúdos normativos socialmente oferecidos e, concretamente, no juízo sobre o carácter efectivamente jurídico des-

---

<sup>(156)</sup> Assim, António Castanheira NEVES, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (1.ª parte), 182 e ss., explicando, a propósito das propostas (sobre as fontes de direito) dirigidas à “natureza das coisas”, que “o «espírito objectivo» pressupõe o espírito constituinte”, que sempre se trata, na manifestação histórico-problemática de um certo sentido normativo, da “dialéctica entre a objectividade e a subjectividade” e que as realidades sócio-culturais aí em causa “não são (...) realidades radicais e originárias e antes histórico-problemáticas”.

ses conteúdos <sup>(157)</sup>. Só podemos falar, por referência às realidades sociais, em constituição de direito quando essas realidades sejam concretizações de uma intenção de validade normativa; por isso, o critério de EXNER só terá as consequências que ele pretende se permitir ao jurista a verificação dessa intenção.

Não nos parece que o critério tenha esse sucesso. A sua ideia básica, como vimos, é a de que certas tradições de grupos sociais teriam repercussões no plano da validade jurídica consoante faltasse ou não uma manifestação social clara de condenação dessas tradições. Deste modo, é implicitamente sugerido que o jurista deverá *sempre* aferir tal manifestação aquando da análise da tipicidade de uma conduta; como se, em cada ocasião em que esta questão se colocasse (sempre que estivesse em causa uma conduta padronizada), fosse um referendo (dirigido ao histórico tratamento comunitário da conduta) a decidir sobre a validade do juízo de tipicidade.

O problema do critério é que nos leva a dispensar a dimensão de validade que deveria, precisamente, relevar. Parte-se da ideia (correcta) de que as tradições culturais não cumprem, apenas por existirem, as intenções axiológicas que possibilitam a juridicidade; mas pretende-se explicar a juridicidade por um método que dispensa qualquer verificação directa desse plano axiológico. A validade não é, no pensamento em análise, aferida por um exame do conteúdo intencional da normatividade em causa, mas sim por um teste que não leva em consideração esse conteúdo.

Em vez de entendermos que uma certa estruturação social do acontecer, por si só, determina a validade desse acontecer, passaríamos a atender ao modo como a sociedade em geral lida (ou não lida) com a questão, para retirar essa conclusão. Podemos agora acabar de perceber a crítica que chama à colação o exemplo da excisão: virão os defensores do pensamento de EXNER dizer que nunca a sociedade deixará de rejeitar claramente tal comportamento; só que, como já podemos perceber, tal resposta é insatisfatória, pois ela não explica porque não pode essa conduta deixar de ser típica, *mesmo que não se venha a verificar a dita rejeição social*.

A tipicidade não se explica pela rejeição social, mas sim pela intenção de validade que a informa. Só pela intervenção de uma dada intencionalidade jurídico-normativa se poderá fundamentar a ilicitude material da conduta do excisor <sup>(158)</sup>, porque é esse momento subjectivo que explica o carácter jurídico da normatividade.

---

<sup>(157)</sup> “Demitir-se-ia (...) o pensamento jurídico da sua verdadeira vocação se se abandonasse às formas do irracionalismo e do misticismo jurídicos que quase sempre se cobrem com os apelos ao «direito da vida» (...), pois é isso a aceitação passiva e conformada do histórico-social *fait accompli* e a renúncia à reposição actual do problema da validade normativa a favor de um acrítico tradicionalismo ou conservantismo”: António Castanheira NEVES, *ibidem*, 185.

<sup>(158)</sup> “Excisora” é o termo adoptado por Silva DIAS em “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado?”, 193.

É por envolver o questionamento de certas intenções axiológicas fundamentais que a excisão se há-de considerar típica e ilícita. É isto que nos permitem perceber os desenvolvimentos anteriores sobre a autonomia do momento subjectivo na constituição do direito. Um problema envolve sempre um questionar de algo; esse questionar há-de ter um fundamento, uma razão de ser, que se prende, precisamente, com as intenções axiológicas postas em causa pela conduta. Há-de ser em diálogo com tais intenções que se aferirá a ilicitude material, não podendo fazer-se decisivo um critério que lhes seja alheio. Mas é o que acontece, segundo cremos, com a proposta de EXNER <sup>(159)</sup>.

Se os fins são louváveis – referimo-nos à pretensão de comprovar a validade jurídica da normatividade social em causa –, os meios propostos, pelo contrário, são de rejeitar, por frustrarem esses mesmos fins.

A tentativa de EXNER poderia ter sentido numa comunidade onde não assentaram ainda identificáveis aquisições axiológicas com um considerável grau de desenvolvimento e especificação; onde não se estabilizaram modos preferenciais de expressão dessas aquisições axiológicas e opções valorativas delas derivadas; e onde a expressão institucional da ordenação social não é mediatizada por estruturas para isso pensadas, ou só o é com um nível de complexidade pouco significativo.

Numa sociedade em que a forte centralização e organização do poder político, bem como o nível elevado de complexidade da mediação institucional das intenções sociais – determinando a preponderância da legislação como acto constitutivo de direito – resultam na perda de relevância do costume ao nível das fontes de direito <sup>(160)</sup> <sup>(161)</sup>, parece-nos dificilmente sustentável tal proposta.

A tentativa de EXNER também poderia ter algum sentido numa sociedade com um alto grau

---

<sup>(159)</sup> Este alheamento face às referidas intenções resulta já suficientemente explicado da exposição teórica que fazemos em texto. Mas ele pode também ser comprovado pela incoerência axiológica dos desenvolvimentos do próprio EXNER. É que este defende que a circuncisão, pela lesão nela implicada, atenta contra o bem da criança e, em última análise, ofende mesmo a sua dignidade (v. Thomas EXNER, *Soziale Adäquanz*, 54-55). Ora, se assim, é, bem se vê a inadequação do critério que o autor propõe, já que ele mesmo começou por identificar pontos axiologicamente relevantes que indiciam a adequação problemática do critério legal da punição da ofensa à integridade física; e quer agora contrariar esses indícios materialmente fundados com um critério axiologicamente vazio. Criticam também a incoerência de EXNER, neste ponto, embora não nestes termos, HERZBERG, “Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?”, 171 e FATEH-MOGHADAM, “Criminalizing Male Circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11”, *German Law Journal*, 13 (9), 2012 (1131-1145), 1133-1134.

<sup>(160)</sup> V. António Castanheira NEVES, “Fontes do Direito”, 35; Ribeiro de FARIA, *A Adequação Social*, 795-808; Taipa de CARVALHO, *Direito Penal*, 156-15

<sup>(161)</sup> Se destacamos aqui a perda de relevância do costume, é porque este constitui o caso em que, com maior propriedade, dirão os defensores do pensamento sociológico que o “direito resulta dos factos” – muito mais que nos casos de adequação social. É pertinente lembrar que se a adequação social não se confunde com o costume é porque não cumpre certos requisitos deste: v. *supra*, nota 84, pelo que a adequação social, mesmo sob uma perspectiva sociológica, terá sempre menos força que o costume. Convém notar, porém, que mesmo no costume, a dizer-se correctamente que o direito resulta dos factos, terá de referir-se que, nele, também os factos resultam do direito: para considerar que certo costume tem carácter jurídico, a sua normatividade terá de ser possibilitada por uma intencionalidade fundamentante: v. António Castanheira NEVES, *op. cit.*, 18 e ss. (em especial, 21 e ss.) e 70 e ss.

de estabilização histórica e de integração dos seus vários grupos; onde não só a universalidade dos fins transcendentais e a validade dos projectos sociais, como também as próprias orientações fundamentais em matérias axiologicamente problemáticas seriam objecto de um consenso profundo; e profundo porque assente numa essencial comunhão quanto ao projecto existencial colectivo, a ponto de não se poder falar em ideologias, ou em ideologia dominante (ou mesmo única), mas, verdadeiramente, de um partilhado (nas suas directrizes práticas) projecto axiológico.

Numa sociedade plural como a nossa, porém – onde a diversidade dos projectos existenciais, a reclamarem todos, democraticamente, possibilidades de cumprimento <sup>(162)</sup>, se traduz em diferentes perspectivas sobre problemas cujas soluções reclamam uma fundamentação em termos de validade <sup>(163)</sup>, originando inevitáveis conflitos –, não é aceitável a proposta em análise. Muito pelo contrário, é precisamente aí que um outro caminho deve ser indicado <sup>(164)</sup>.

O que se exige é que o jurista actue de acordo com a responsabilidade que lhe cabe e vigie o cumprimento da justiça na decisão daqueles conflitos; justiça que não se deverá procurar apenas na adequação problemática da solução à realidade social do conflito (realidade que inclui as diversas intenções sociais e, portanto, eventuais factores culturais em causa), mas também na concordância com o sentido fundamental das intenções axiológicas que definem o horizonte de validade da decisão; sem nunca esquecer que essas intenções, só ganhando expressão em critérios normativos pensados para uma certa realidade, não perdem, porém, a sua autonomia própria face a essa realidade.

O peso e funções dos elementos culturais nas realidades sociais não deixarão de co-determinar a realização do direito, na medida em que a reelaboração do critério normativo aplicável será condicionada por tais factores na ponderação valorativa; por isso, as próprias intenções normativas a que se dará cumprimento na decisão do caso serão repensadas à luz desses factores.

Num caso em que se verifique uma analogia material entre tipos de problema (o da norma e o do caso), porém, o critério normativo-legal só poderá ser posto de parte aí onde a devida consideração daqueles elementos culturais mostre que a solução materialmente adequada ao caso não pode ser obtida por mediação desse critério – não, pelo menos, sem uma correcção do mesmo, na medida em que a norma positiva, expressão necessariamente limitada de intenções axiológicas que a transcendem, se mostre inadequada, à luz do sentido fundamental dessas mesmas intenções, para servir de

---

<sup>(162)</sup> E a traduzirem-se, em última análise (e agora sim), em ideologias, porque lhes inere a parcialidade de prosseguirem fins próprios dos grupos respectivos.

<sup>(163)</sup> A isto acresce, naturalmente, a problemática emergente do contexto multiculturalista, O que apenas reforça o que se diz no texto. O problema que nos ocupa é, aliás, um de multiculturalismo.

<sup>(164)</sup> V. António Castanheira NEVES, “A Revolução e o Direito”, 208-209.

critério orientador da solução justa do caso.

Em suma, a posição de EXNER evita a ponderação axiológica da validade fundamentante do critério de decisão do caso e, desse modo, da própria decisão. Substitui-a por outro caminho; caminho que não podemos seguir, por dois motivos: não é o caminho correcto e não há garantia de que conduza ao destino pretendido (a concordância com as fundamentais intenções de direito da comunidade).

De facto, nunca poderia tal posição dar resposta ao nosso problema, pois pretende resolver de um modo formal – a reacção social, ou a ausência dela, seria um elemento a partir do qual poderíamos legitimamente extrair normatividade jurídica – uma questão que deve ser tratada materialmente – essa normatividade está, efectivamente, fundamentada em termos de validade?

Mesmo a admitir-se, portanto, que a comprovação de uma reacção social negativa é um método a adoptar na ponderação da tipicidade, tal apenas determinaria a legitimidade (formal) da fonte, mas não a validade (passe o pleonismo: material) da normatividade (e do juízo nela baseado) que emanasse dessa fonte. O facto de se poder dirigir ao pensamento de EXNER esta crítica – que vale, exactamente nos mesmos termos, para um pensamento tão díspar como o puro positivismo legalista <sup>(165)</sup> – explica-se pelo motivo simples de que tanto um como o outro dispensam o exame material da normatividade que querem promover.

Diga-se, de todo o modo, que não nos parece que seja de admitir, sequer, aquela legitimidade formal (da ausência de manifestações sociais claras de rejeição como fonte de direito). Isto porque dificilmente se comprovará uma clara rejeição social de um padrão comportamental se a estabilização desse padrão se traduz numa normalização das condutas a ele conformes. Ou seja, a ilegitimidade desta fonte resulta de um vício de nascença da posição em análise – o de que as condutas normalizadas na (e pela) vida social muito dificilmente deixarão de ser consideradas socialmente adequadas <sup>(166)</sup>. E se dizemos que tal vicia, logo à partida, a posição, é porque já isso determina que ela não poderá escapar à crítica dirigida ao pensamento sociológico em geral, quando este, querendo inferir a

---

<sup>(165)</sup> Na medida em que também aí a *legitimidade* do legislador nada diz sobre a *validade* da lei em causa. Veja-se, aliás, Hans WELZEL, “*Naturrecht und Rechtspositivismus*” in *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: De Gruyter, 1975 (274-287), 286: “*Recht ist schützende Macht und verpflichtender Wert zugleich. (...) Als Macht zwingt es, nur als Wert verpflichtet es*”.

<sup>(166)</sup> Lembre-se o que dissemos *supra* sobre a normalidade como característica básica da conduta socialmente adequada. Para além do que temos dito este ponto já nos deixa entender como esta visão esquece que o direito não deverá bastar-se com *o que sempre foi* mas antes entender-se como tarefa *do que deve(rá) ser*.

Poderíamos ainda perguntar-nos sobre a medida em que a circuncisão religiosa constitui, efectivamente, uma conduta normalizada, a ponto de se poder dizer socialmente adequada. É que ela constitui um facto normal nos grupos onde é praticada; já não, porém, da perspectiva da sociedade em geral. Pelo que melhor se falaria num caso de tolerância social da conduta, o que, apesar de tudo, é bastante diferente. De todo o modo, estas distinções falham o essencial e, por isso, não lhes daremos mais espaço.

*norma* a partir do *normal*, não dá conta do que essa mudança de planos implica <sup>(167)</sup>; não dá sequer conta, em rigor, de que há uma mudança de planos.

Tendo dito tudo isto, não será difícil perceber que a falha do pensamento que vimos analisando não está na intenção de atender à consciência jurídica geral, mas antes no método que escolheu para (não) o fazer.

A necessidade de harmonização de uma solução punitiva com a consciência jurídica geral constitui, aos nossos olhos, uma proposta natural, na medida em que adoptemos esta figura como a síntese axiológico-jurídica das intenções fundamentais de uma comunidade <sup>(168)</sup>. De facto, como já sabemos, a novidade problemática do caso concreto impõe a abertura do sistema normativo, na medida em que demonstra a limitação das normas positivas para se oferecerem imediatamente adequadas como critérios de decisão, sem uma interrogação problemática dos seus fundamentos. Deste modo, o processo de realização do direito no caso concreto, em última análise, há-de dar-se por uma contínua referência à consciência jurídica geral, já que ela se traduz na referida síntese axiológica.

Nessa síntese se haverá de incluir os nódulos axiologicamente decisivos da fundamental intenção de direito de uma comunidade numa certa época. E esta intencionalidade, porque assumida como axiológica e constituinte, tem então o carácter de *instância crítica*, pois sempre em referência a ela se há-de decidir da validade fundamentante das decisões de conflitos jurídicos <sup>(169)</sup>.

No que aqui nos interessa, importa começar por destacar, obviamente, o direito à integridade física como decorrente da dignidade da pessoa humana. É este o bem jurídico em causa. Enquanto direito de personalidade, o direito à integridade física é manifestação essencial da esfera subjectiva de cada um, pelo que se deve convocar aqui o princípio da autonomia, participante do património axiológico-comunitário por que nos regemos e, portanto, da nossa consciência jurídica comunitária <sup>(170)</sup>.

A circuncisão implica, de facto, uma lesão da integridade física. Sabendo já nós que essa lesão não é, de modo nenhum, insignificante; tendo presente, por outro lado, a importância do bem jurídico, directamente decorrente da dignidade da pessoa humana e que, enfim, ninguém ousará afirmar a inconstitucionalidade das normas que punem as ofensas à integridade física, não parece defensável a incompatibilidade entre a punição da circuncisão religiosa e a (essencial) dimensão axiológica das fundamentais intenções de direito comunitárias.

---

<sup>(167)</sup> V. Castanheira NEVES, “Fontes do Direito”, 20<sup>41</sup>.

<sup>(168)</sup> Adoptamos o entendimento que tem da consciência jurídica geral António Castanheira NEVES, desenvolvido em “A Revolução e o Direito”, 207 e ss. (sobretudo, 215-222). V. também Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 465 e ss.

<sup>(169)</sup> Sobre este carácter de instância crítica, v. António Castanheira NEVES, *op. cit.*, 219 e 222-227.

<sup>(170)</sup> V. *idem*, 210.

### 6.3. A circuncisão religiosa e a exigência de danosidade social

Chegados aqui, devemos notar, porém, que a posição de EXNER permite-nos descortinar uma outra dificuldade para a punição da circuncisão religiosa (embora dela não se tenha dado conta o próprio autor). Uma dificuldade que, aparentando-se embora às de que aqui já demos conta, delas se distingue e a que devemos agora atender.

E é essa dificuldade a seguinte. A generalidade da sociedade portuguesa não parece ter, efectivamente, uma imagem negativa da circuncisão. Em boa verdade, a circuncisão religiosa passa relativamente despercebida – as pessoas sabem que ela existe e têm uma ideia de quem a pratica, mas não a vêem como um problema. Pelo que, em rigor, a questão de saber se ela constitui uma prática que se deveria combater nem passa pela cabeça da generalidade das pessoas. Em suma, não se pode falar de um empírico juízo social de condenação da circuncisão religiosa <sup>(171)</sup>.

A despreocupação com o problema da circuncisão religiosa tem uma explicação simples: a ideia de que está em causa uma intervenção menor, sem gravidade <sup>(172)</sup>. Esta crença é geralmente acompanhada da convicção de que se trata de um procedimento com benefícios para a saúde e higiene. Deste modo, parece que não apenas estamos impedidos de falar numa perturbação da paz social provocada pela conduta, como talvez sejamos mesmo obrigados a constatar que ela é objecto de uma valoração social positiva <sup>(173)</sup>.

Como já deixámos sugerido (e explicaremos um pouco melhor adiante), é muito importante, em matéria de conceito material de crime, a ideia de danosidade social. Ora, colocando o problema em termos simples: se as condutas que nos ocupam não perturbam, de modo nenhum, a paz social e se, pelo contrário, elas são até genericamente valoradas de modo positivo, como explicar a proibição (típica) penal dessas condutas – proibição que deveria justificar-se em função de um juízo de danosi-

---

<sup>(171)</sup> Pode acontecer que estejamos errados nesta estimativa – pois a verdade é que não fizemos nenhum estudo de opinião para a confirmar. Mas isso não é o que importa verdadeiramente. O que nos interessa aqui é aceitar como mera hipótese de trabalho a de que a sociedade não tem uma ideia negativa da circuncisão religiosa – no sentido de perceber se tal, a ser mesmo verdade, coloca ou não dificuldades inultrapassáveis ao juízo de tipicidade. Esta estimativa, de resto, revela-se acertada num grande número de países: veja-se, a mero título de exemplo, o caso da Itália: VIVIANI/COSTARDI/CAPPAROTTO/GALLO, “Male Circumcision in Italy”, 141-142.

<sup>(172)</sup> Cremos que o mesmo pode, aliás, pelo menos em parte, ser dito do apego à conduta, nas comunidades religiosas onde ela é praticada: v. *supra*, nota 65.

<sup>(173)</sup> Mais uma vez, estas afirmações baseiam-se apenas na nossa experiência pessoal, pelo que se aplica aqui o foi dito na nota 171.

dade social que, em última análise, não parece verificar-se? <sup>(174)</sup>

Parece-nos que devemos ter cuidado e não precipitar a conclusão. Podemos admitir que não ocorre qualquer tipo de perturbação da paz social pela notícia da prática, por motivos religiosos, de uma circuncisão. E aceitamos que a generalidade das pessoas até admitirá facilmente que se trata de uma operação benéfica e, assim, estará pronta a aprová-la.

Devemos atender, contudo, a um factor importante. Esta percepção da sociedade baseia-se em duas ideias erróneas: a primeira é a de que a intervenção implica uma lesão pouco significativa, ou mesmo insignificante; a segunda é a de que ela traz benefícios para a saúde.

Ora, estas representações erróneas, no fim de contas, eliminam o problema, ou impedem-no de aparecer: de facto, não teria sentido pensar em proibir alguém de fazer aos seus filhos algo que, tendo uma extrema importância na sua comunidade de origem, não representa para a criança qualquer dano importante; muito menos sentido teria a pretensão de punir essa pessoa. Seria tão absurdo como pretender punir o baptismo, com a agravante de se privar as crianças dos alegados benefícios, em termos de saúde, da circuncisão.

Assim sendo, é fácil perceber porque entendemos que não devemos precipitar-nos na conclusão pela ausência de danosidade social: não se pode afirmar que a reacção (da comunidade) a uma dada questão vai num sentido ou noutro (ou, se se preferir, não se pode presumir essa resposta), se a comunidade não toma uma consciência adequada do que está em causa. Só comprovando-se o conhecimento exacto da questão dos prejuízos para a saúde implicados pela intervenção – para não

---

<sup>(174)</sup> Associando o problema da danosidade social às valorações sociais da conduta em causa, Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal*, 252 (se bem que não fique claro se o autor liga essas valorações à opinião social maioritária ou ao carácter objectivamente grave das condutas em causa; por outro lado, veja-se que o autor defende que a integridade física é um dos bens que “[têm,] forçosamente, de ser tutelados penalmente”: *idem*, 53); Paula Ribeiro de FARIA, “Acerca da Fronteira entre o Castigo Legítimo de um Menor e o Crime de Maus Tratos do art. 152.º do Código Penal”, *RPCC*, 16 (2), 2006 (317-343), 331-332; (mas considerando que não devem essas valorações conduzir a um “desligamento” do tipo). É este problema específico das implicações ao nível do conceito material de crime que já não vemos desenvolvido na discussão sobre a circuncisão religiosa, nem mesmo pelos que invocam a antiguidade e a disseminação da prática, ou a sua normalidade (incluindo os autores que defendem a adequação social desta tradição). Dado o que já desenvolvemos sobre este tipo de argumentação e a sua improcedência de princípio, parece-nos ser este o ponto que os defensores da legitimidade da prática que se baseiam nesses argumentos deveriam explorar, pois as dificuldades que ele levanta à solução punitiva são precisamente aquelas que, segundo a nossa sensibilidade, exigem do jurista um maior esforço argumentativo e de ponderação. Se reconhecemos aqui esta maior força persuasiva é porque este ponto se prende com questões de legitimidade/constitucionalidade da criminalização (pois mexe com princípios como o da ofensividade, o da culpa e mesmo o da legalidade, para além da ideia de dignidade penal do bem jurídico), ao contrário do que sucede com a argumentação primeiramente referida, na medida em que, como vimos, ela se desliga de qualquer ponderação axiológica, não atendendo, assim, verdadeiramente, às fundamentais intenções normativas a que se há-de dar cumprimento nas decisões dos casos concretos. Em suma: de entre os pontos que os defensores da legitimidade da prática tradicional da circuncisão religiosa poderiam explorar e não exploram, este é aquele que, pela comunhão nos pressupostos, está mais próximo da argumentação que esses autores costumam desenvolver (referimo-nos apenas à argumentação relevante para a tipicidade).



falar da ausência de benefícios comprovados, da dor envolvida ou dos riscos da operação <sup>(175)</sup> – se poderá verdadeiramente comprovar a valoração social positiva da conduta <sup>(176)</sup>.

Em suma, afirmar a aceitação geral naquelas condições de ignorância do problema seria desonesto, na medida em que se estaria a dar a uma questão – admissibilidade de uma conduta que se traduz numa intervenção lesiva de uma criança, sem benefícios comprovados, e que se explica apenas por motivações religiosas – a resposta que, em rigor, foi pensada para uma questão diversa – admissibilidade de uma conduta que implica apenas uma lesão ligeira da criança e lhe traz benefícios para a saúde. Há, no fundo, uma espécie de consentimento viciado.

Note-se que ocorre aqui apenas uma comprovação do que antes defendemos: só uma adequada consideração de todos os dados do caso, que permita apreender a sua problematidade, permitirá a obtenção de uma solução materialmente adequada (e, portanto, justa).

Parece então que na hipótese de vir a registar-se um maior esclarecimento da sociedade quanto à gravidade da intervenção e de, ainda aí, não mudar a perspectiva social sobre a mesma, impor-se-ia então – e só nesse caso – o juízo de atipicidade. Aí já faria sentido a crítica que traz à colação o pressuposto da danosidade social. Pois defender que tal conduta é proibida, mesmo nessas condições, seria pretender perseguir criminalmente uma prática que não perturba, de modo nenhum, a paz social e, nessa medida, punir sem fundamento legitimador.

Em tal cenário, poderia sempre promover-se outras medidas de combate a estas condutas, que poderiam passar por campanhas de sensibilização para os direitos das crianças, por exemplo. Já o recurso ao direito penal estaria impedido, pelo menos, enquanto se registasse aquela valoração posi-

---

<sup>(175)</sup> E note-se que não interessará tanto, neste âmbito, as baixas percentagem (também) associadas a esses riscos, mas, sobretudo, o facto de eles existirem e a gravidade de que se revestem os danos que os concretizam. Pois estamos convencidos de que a sensibilidade comum tende a ignorar aquele factor (baixa probabilidade de os danos ocorrerem) e a sobrevalorizar este (dimensão dos danos possíveis) quando se trate da sujeição a uma cirurgia desnecessária.

Por outro lado, a história do debate sobre a legitimidade da circuncisão (não apenas a religiosa) tem sido marcada por histórias de pessoas (sobretudo mulheres) que, não tendo nunca questionado o hábito da circuncisão – ou não o tendo feito de modo a deixar de submeter os filhos à operação, por exemplo –, mudaram radicalmente de posição depois de assistirem a uma dessas operações; tendo mesmo, depois disso, vindo a iniciar movimentos de oposição à circuncisão, com sucesso, diga-se, assinalável. Casos que são demonstração de como uma tomada de consciência do que realmente está em causa nesta questão levará a muitas mudanças de posição sobre a mesma. V., entre outras, Lisa Braver Moss, “The Jewish Roots of Anti-Circumcision Arguments”, 1991: “The early drafts of my writing about circumcision (...) were very vehemently anti-circumcision. Underneath my vehemence was an intense feeling of guilt about agreeing to have my own sons circumcised, even though I had always found circumcision disturbing”.

<sup>(176)</sup> Veja-se também já PUTZKE a frisar, contra EXNER, que já não se pode falar, hoje em dia, em aceitação geral da prática da circuncisão religiosa na Alemanha – onde, note-se, até há bem pouco tempo a questão da sua punibilidade nem sequer se colocava –, tendo em conta a discussão (também a nível social) entretanto gerada nesse país (“Recht und Ritual”, 622). Discussão que só pôde iniciar-se com a problematização pelos juristas, mas em que se percebe facilmente, pela rapidez com que muitos se prontificam agora a questionar a licitude da prática, que essas pessoas só não a questionavam antes por nunca terem tomado consciência do problema, e não tanto porque a aprovassem.

tiva da prática, ou a generalizada indiferença face à mesma <sup>(177)</sup>.

Pensamos, porém, que esta conclusão é de afastar. Mesmo nesta hipótese de valoração social positiva da conduta (que se sabe ser) lesiva, segundo cremos, teríamos de considerar a circuncisão religiosa como uma conduta típica <sup>(178)</sup>.

Concedemos a correcção de princípio da seguinte ideia: a perseguição criminal de uma lesão do objecto que corporiza o bem jurídico-penal será inadmissível quando a conduta que a provoca é socialmente aceite. Isto porque não é possível afirmar o pressuposto da danosidade social, intrinsecamente ligado à construção do conceito de bem jurídico-penal que perfilhamos. No fundo, cremos que não faz sentido forçar – na medida em que a generalidade dos destinatários da protecção a vê como desnecessária – uma protecção que deve funcionar segundo uma lógica de *ultima ratio*.

Não cremos, porém, que se trate disso na afirmação da tipicidade da circuncisão religiosa, pois intervém aí um factor decisivo: a operação é realizada em crianças (no caso da circuncisão judaica: recém-nascidos) incapazes de consentir.

Se o menor de 16 anos (ou menos) não pode consentir em sofrer lesões penalmente proibidas (artigo 38.º, n.º 3), isso não se deve a que ele não seja o titular dos direitos ofendidos. Deve-se, sim, a considerações sobre a necessidade de a pessoa alcançar um certo grau de desenvolvimento e maturidade para “possuir o discernimento necessário para avaliar o (...) sentido e alcance [do consentimento] no momento em que o presta” (de acordo com o texto da norma referida). A incapacidade de consentir não serve, assim, o propósito de colocar os direitos do incapaz na disposição arbitrária do representante; trata-se antes de um meio de o proteger, salvaguardando a integralidade dos seus bens jurídicos até ser alcançado o referido grau de maturidade.

Ora, se a criança circuncidada não deu (não pôde dar) o seu consentimento para ser sujeita à circuncisão, então ela não é um membro dessa (parte da) sociedade que vê a lesão como normal ou aceitável. Em nenhum momento se pode tomá-la como parte do todo social que encara a circunci-

---

<sup>(177)</sup> Note-se que estamos a lidar com um problema de danosidade social e, portanto, de dignidade penal (v. Maria da Conceição Ferreira da CUNHA, «Constituição e Crime» - *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, 140-141). Resta saber se, ultrapassado este problema, a concreta criminalização da circuncisão religiosa coloca ou não problemas ao nível da carência de tutela penal, ou, se se preferir, da técnica de protecção do bem jurídico (não tanto do *se*, mas antes do *como* da protecção). Este ponto preocupar-nos-á, sobretudo, quando discutirmos a possibilidade de justificação da circuncisão religiosa. Distinguindo entre protecção de um bem jurídico e técnica de protecção, ambas componentes essenciais da legitimação (negativa) da criminalização (embora referindo-se à criminalização em abstracto), Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main: Athenäum, 1973, 214 e ss.

<sup>(178)</sup> Precisamente por defendermos esta posição, não nos preocuparemos em saber de que modo exactamente se deveria manifestar essa aceitação social, visto que a resposta é irrelevante para decidir esta questão.

são religiosa como parte natural do seu viver <sup>(179)</sup>. E isto só poderia ser ignorado se o propósito de se lhe retirar a possibilidade de consentir fosse o de colocar os seus bens na disponibilidade de outrem <sup>(180)</sup>.

O que queremos dizer, no fundo, é muito simples: por mais que constatemos que a circuncisão religiosa é genericamente aceite como normal (leia-se: pelas pessoas adultas da sociedade), essa generalizada aceitação não pode legitimar a imposição a uma criança (que não se pode presumir ter participado de algum modo nesse processo de aceitação) de uma lesão (significativa) da sua integridade física.

A questão é a de saber se uma certa afectação grave e irreversível do corpo de uma pessoa não levanta qualquer problema jurídico-penal – a ponto de não constituir, sequer, um comportamento típico. Ora, essa irrelevância não pode, segundo cremos, ser explicada por uma aceitação como normal da lesão, por parte de um grupo comunitário de pessoas que não inclui o próprio titular do bem jurídico afectado, por este não actuar ainda como um membro participante nessa comunidade.

Poderá dizer-se, porém, que, deste modo, estamos a impor à força a defesa de um bem jurídico. Estamos, dir-se-á, a recorrer a uma lógica excessivamente formal, que impõe que qualquer afectação do corpo será uma ofensa típica, independentemente do seu significado social.

Não cremos que esta objecção proceda. É verdade, como vimos, que o apuramento da relevância problemática do caso concreto há-de fazer-se atendendo também às intenções sociais implicadas na factualidade em causa. Vimos também, porém, que a solução do caso decidendo terá de ser pensada por referência às intenções axiológicas pertinentes; de tal modo que essa solução – ainda quando, em virtude da novidade problemática do caso, venha a implicar a revelação (da necessidade) de novos sentidos normativos – terá sempre de ser harmonizável com aquelas intenções.

Ora, nos casos de circuncisão religiosa, não atendemos apenas ao bem jurídico integridade

---

<sup>(179)</sup> Poderia sempre dizer-se que os bebés também não participaram, em nenhum momento, no processo social de aceitação do baptismo (como prática normal e aproblemática), por exemplo. Mas a questão, em rigor, nem se levanta, visto que o baptismo não implica para a criança uma lesão do corpo. Por aí se frustra qualquer intento de estabelecer analogias problemáticas entre as duas condutas (com o intuito de preconizar a mesma solução jurídico-penal para ambas), visto que a cerimónia do baptismo, por si só, não releva como problema jurídico-penal. Se salientamos este ponto, é apenas pela frequência com que aparece a comparação entre as duas cerimónias no debate sobre a circuncisão. Concedemos, sem hesitação, que há semelhanças. Independentemente disso, porém, elas distinguem-se num ponto essencial: a circuncisão envolve uma afectação do corpo que suscita um problema jurídico-penal. O baptismo não. Pelo que, desta perspectiva, o parecido é, no que verdadeiramente importa, diferente.

<sup>(180)</sup> Visto que o propósito, como referimos, é outro – o de garantir a salvaguarda da integridade dos bens jurídicos da criança –, também não vale aqui a invocação dos casos de intervenções médico-cirúrgicas com finalidade terapêutica, em que a criança também não consentiu. Pois aí trata-se, precisamente, de salvaguardar a integridade física (ou, eventualmente, a vida) da criança.

física, abstractamente considerado <sup>(181)</sup>. Nem sequer estamos a aceitar como decisiva a dimensão da lesão em causa (que, de todo o modo, não é insignificante). Estamos, sim, a chamar a atenção para uma particularidade deste tipo de casos – a idade da vítima –, uma particularidade que releva, precisamente, tendo em conta as coordenadas axiológicas do sistema.

Trata-se de considerar que a dignidade da criança, como valor a proteger, terá de ser vista como pertencente a uma pessoa que não tem ainda a autonomia da responsabilidade. Só que as deficiências dessa autonomia não se hão-de entender como implicando a livre disposição para sofrer as lesões que a sociedade adopte como normais, não obstante serem graves e medicamente desnecessárias (e mesmo arriscadas). Pelo contrário, é precisamente aí que se deverá ter um especial cuidado na protecção do bem da criança; pois ela é um membro da comunidade de destinatários titulares de bens jurídicos que o direito penal deve proteger, mas não um membro da comunidade de pessoas que têm o poder para decidir sobre quais as lesões penalmente relevantes <sup>(182)</sup>.

Que este é o ponto decisivo – e que não se trata, portanto, de uma defesa cega da redoma de vidro de um bem jurídico guardado num museu – vê-se bem, segundo cremos, atendendo ao seguinte exemplo hipotético.

Figuremos a hipótese de a circuncisão religiosa ser realizada tradicionalmente em menores capazes de consentir e apenas quando houvesse uma concordância (livre e esclarecida) do visado. Imaginemos que a perspectiva social dessa tradição seria a mesma que existe hoje quanto à circuncisão religiosa de crianças – ou seja, que essa prática seria generalizadamente aceite como normal <sup>(183)</sup>.

Cremos que seria defensável, nessas condições, a atipicidade da conduta. Não obstante a afectação grave e irreversível do corpo, a ausência de um amplo consenso sobre o desvalor do comportamento colocaria dificuldades ao nível do conceito material de crime, tornando difícil considerar proibido (típico) um facto que além de não ser sentido socialmente como desvalioso, foi objecto da concordância do próprio titular do bem em causa.

Embora a solução carecesse de uma mais aprofundada fundamentação, defendemos a solução de princípio de que, nesta hipótese imaginada, não haveria uma verdadeira adequação material entre o critério normativo hipoteticamente aplicável e o tipo de problema em causa – devido, sobretudo,

---

<sup>(181)</sup> Embora também isso esteja implicado, como melhor se explicará *infra*.

<sup>(182)</sup> Nem se diga que a história comprova que as crianças em causa crescem e, mais tarde, manifestam, elas mesmas, uma aprovação da circuncisão [v., por exemplo, Edward SCHRAMM, “Die Beschneidung von Knaben aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht”, in *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (134-145)]. Pois isso em nada muda o facto de que, no momento em que foram sujeitas à intervenção, não eram ainda pessoas capazes de aprová-la.

<sup>(183)</sup> E muito dificilmente, por maioria de razão, haveria uma perspectiva diversa, como facilmente se percebe – pois agora a intervenção seria realizada em alguém que, tendo idade para consentir, dá a sua concordância.

aos pontos acabados de referir; por isso, não haveria tipicidade <sup>(184)</sup>. Não nos alongaremos, porém, na discussão separada deste exemplo, porque já está dito o essencial para o propósito que havíamos referido.

Veja-se, com efeito, que os juízos (de tipicidade) que elaborámos para os dois casos (o da circuncisão religiosa realizada nos moldes reais e o da circuncisão imaginada) vão em sentidos opostos (afirmamos que a primeira é típica e a segunda já não). E o que muda nos casos é a idade do circuncidado – não a intensidade da lesão. O que mostra bem que não nos move uma lógica de protecção cega de bens jurídicos – que cederia apenas em função da menor intensidade da lesão, mas indiferente ao (em princípio necessário) consenso social sobre o carácter desvalioso da conduta; antes se torna decisiva (para além, naturalmente, da constatação de que há uma lesão grave e irreversível do corpo) a perspectiva da vítima como uma pessoa que, em função da sua situação especial, deve ser protegida de um modo especial.

Diga-se que a mesma conclusão pode ser retirada se entendermos que a solução mais correcta para a hipótese que imaginámos seria a da aplicação do regime do consentimento.

O consentimento constitui uma causa de justificação do facto prevista no artigo 38.º Cumprindo a idade de 16 anos, pode o menor, se quiser, consentir em ser sujeito à circuncisão. A discussão sobre a validade do consentimento nos casos de circuncisão e de excisão passará, necessariamente, pela consideração da gravidade (sendo maior a gravidade da excisão) e irreversibilidade das afecções do corpo. Ora, cremos que no caso da circuncisão, tal consentimento será válido. Podemos até admitir (apenas em princípio) que mesmo a excisão possa também ser objecto de consentimento válido <sup>(185)</sup>. O que nos interessa aqui, de todo o modo, não é a conclusão dessa discussão, mas sim o facto de este âmbito (exclusão da ilicitude) constituir o seu lugar próprio.

A discussão sobre se a gravidade e a irreversibilidade da lesão implicadas na circuncisão resul-

---

<sup>(184)</sup> Aconteceria, em certa medida, o mesmo que na hipótese de uma mulher de cabelos compridos (e que assim os teve toda a vida) pedir, num cabeleireiro, para lhe raparem o cabelo – por exemplo, por solidariedade para com o marido que, por estar a realizar quimioterapia, ficou, recentemente, sem cabelo. Em tal hipótese, pensamos que o mais adequado será ter por atípico o corte de cabelo. Também aqui se dá uma conduta que, noutras circunstâncias, se poderia considerar que realiza o tipo do artigo 143.º e também aqui se diria que a concordância do lesado apenas pode afastar a ilicitude, por não constituir um caso de acordo, mas de consentimento [v., sobre a distinção, Manuel da Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo Para a Fundamentação de um Paradigma Dualista* (reimpr.), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, obra a ela dedicada: v., por exemplo, 362 e ss.]. As circunstâncias concretas do caso, porém, levam-nos a concluir que não há uma adequação material entre a norma-problema e o tipo de problema do caso, explicando-se, assim, a atipicidade (e não obstante não se poder falar, segundo cremos, em insignificância). É claro que este caso tem diferenças importantes relativamente à hipótese que imaginámos (por exemplo, a irreversibilidade da lesão ou o contexto motivacional). Apresentámo-lo apenas para explicar que o modelo de solução que pensamos para ele valeria, nos seus passos essenciais, para aquela hipótese – sem esquecer, de novo, que a solução do nosso exemplo hipotético, precisamente em função dessas diferenças importantes, sempre exigiria uma fundamentação mais aprofundada.

<sup>(185)</sup> Neste sentido, Silva DIAS, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado?”, 208 e ss.

tam numa contrariedade aos bons costumes (artigo 38.º, n.º 1, e artigo 149.º, n.º 2) deve ser levada a cabo na averiguação da possibilidade de justificação da conduta. Isto porque se terá de atender a factores como a autonomia do lesado, o significado que tem, para ele, sujeitar-se à intervenção, tanto a nível espiritual como no relacionamento com os que lhe são mais próximos, etc.

Já no caso da circuncisão praticada nos moldes tradicionais (em crianças), essa ponderação é afastada pela necessidade de protecção da criança, dada a sua situação especial (que já referimos). Esta situação especial acresce à existência da lesão e à gravidade e irreversibilidade da mesma, modificando assim (por comparação com a situação do circuncidado menor e capaz de consentir), decisivamente, o contexto problemático do caso.

Em síntese: tratando-se da circuncisão religiosa de uma criança incapaz de consentir, deve ser afirmada, em princípio, a tipicidade – não relevando (para a afastar) as particularidades problemáticas do caso. Não porque se pretenda impor a protecção da integridade física contra quaisquer lesões, ou contra todas as lesões de certo tipo (em termos de intensidade, irreversibilidade, etc.), independentemente da perspectiva comunitária da conduta em causa; mas sim porque essa protecção se impõe, independentemente da referida perspectiva comunitária, quando a lesão grave e irreversível recai sobre uma pessoa cuja situação, pelas suas particularidades, reclama esse tipo de protecção <sup>(186)</sup>.

Já sendo o circuncidado um rapaz capaz de consentir, os dados problemáticos mudam decisivamente, visto que o visado já não se encontra na situação especial referida. Então, sim, será o momento adequado para saber se, não obstante a lesão do corpo, uma ponderação adequada de todas as circunstâncias do caso não levará a um juízo de atipicidade ou (no caso de se entender ser de aplicar o regime do consentimento) de exclusão da ilicitude.

Note-se, porém, o seguinte. O que nos interessa frisar aqui é, na verdade, independente da solução final a dar ao caso que imaginámos. Com efeito, para o nosso propósito, é indiferente se realmente se vem a concluir pela atipicidade, pela exclusão da ilicitude, ou mesmo por um juízo de ilicitude material da conduta. Não nos importa tanto o resultado da discussão, mas o próprio facto de a discussão ter lugar.

Suponhamos – ainda no caso do rapaz circuncidado (de 16 anos) que consentiu em ser sujeito à operação – que vem a concluir-se pela ilicitude da conduta (do autor da circuncisão). Referimos já

---

<sup>(186)</sup> Constituinte a situação especial da criança um dos dados problemáticos deste tipo de casos, talvez se exprima melhor a conclusão se dissermos que na ponderação do conjunto desses dados, feita por referência às intenções axiológicas pertinentes, pesam mais os argumentos a favor da tipicidade. O que não significa, naturalmente, que aquela ponderação esteja acabada; outros elementos problemáticos deverão ainda ser tidos em conta nos lugares próprios – o que se começará por fazer já a seguir, na investigação sobre as possibilidades de justificação da conduta.

que esta não nos parece a solução correcta; mas o que nos importa destacar é que a argumentação para sustentar o juízo de ilicitude terá de ser feita à luz das circunstâncias do caso. E a verdade é que essas circunstâncias o tornam algo muito diferente do problema pensado, em moldes abstractos, no tipo de crime. A quem defenda tal juízo de ilicitude caberá, portanto, o ónus de mostrar porque não é decisiva essa diferença.

Uma tal solução carecerá, assim, de uma fundamentação. Essa fundamentação deverá explicar, à luz das particularidades do caso (a concordância do lesado, a valoração social positiva da conduta, etc.), o motivo (ou motivos) por que não são suficientes as correspondências que os pontos problemáticos do caso encontram no sistema axiológico penal (o valor da autonomia do lesado, as exigências respeitantes à danosidade social, etc.) para afastar a ilicitude típica. Cremos que não bastará, em tal hipótese, esgrimir com a gravidade e a irreversibilidade da lesão para afirmar essa ilicitude.

Tudo isto, em suma, para se perceber que, para nós, nunca deverão as ponderações ser conduzidas por uma lógica de protecção indiferente à materialidade problemática do caso e à aceitação social da conduta.

No tipo de casos objecto do nosso estudo, a ponderação da situação especial do lesado, além de factores como a gravidade e a irreversibilidade da lesão, parecem conduzir a um juízo de tipicidade. No caso que imaginámos, desaparece aquela situação especial, pelo que se exigirá de quem afirma, também aí, a tipicidade – e ainda mais de quem afirma a ilicitude – um especial rigor na fundamentação, não podendo esta bastar-se, dada a aceitação geral da conduta, com a correspondência conceitual aos elementos típicos, nem com os factores gravidade e irreversibilidade.

Antes de prosseguirmos com a análise da tipicidade, queremos acrescentar o seguinte, ainda relacionado com o conceito material de crime.

Os desenvolvimentos anteriores destinaram-se a resolver uma dificuldade que nós mesmos levantámos, relacionada com o conceito material de crime. Traduzia-se essa dificuldade, como explicámos, na questão da viabilidade de considerar penalmente proibida (típica) uma conduta valorada positivamente de acordo com as representações gerais – sabendo que essa proibição deve ser explicada por um juízo de danosidade social.

Dissemos, e tentámos demonstrá-lo, que a lógica que nos move não é a da prossecução teimosa da defesa de um bem jurídico, visto como valor ideal abstracto. Não pretendemos ter a cegueira de uma fria indiferença às representações sociais sobre a ofensividade (ou falta dela) de uma conduta alegadamente lesiva desse bem.

O que legitima o juízo de tipicidade no nosso grupo de casos não é a mera constatação de que

ocorre uma lesão, nem sequer (apenas) a intensidade e a gravidade da mesma. É, *além desses factores*, a situação especial em que se encontra a criança.

O que agora queremos acrescentar é que não significa isto que estejamos a prescindir, pura e simplesmente, daquele juízo de danosidade social, em benefício de valores demasiado importantes para ter em conta esse juízo. Com efeito, se ignorássemos por completo as representações sociais sobre a não-ofensividade da conduta, isso não resolveria uma última dificuldade, colocada pelo princípio da culpa.

O princípio da culpa tem também incidência sobre o conceito material de crime. Dele decorrem, a esse nível, a exigência do relevo ético prévio da conduta em causa e a necessidade do amplo consenso social sobre a dignidade punitiva da conduta.

Os nossos argumentos resolveriam, assim, o problema da alegada falta de danosidade social, mas não as dificuldades que daí adviriam ao nível do princípio da culpa.

Desenvolvendo um pouco mais o que já dissemos, porém, resolveremos essas dificuldades.

Cremos que não obstante a falta de correspondência com as representações sociais referidas (dirigidas à conduta e à sua ofensividade), ocorre na afirmação da tipicidade que defendemos, a um nível mais fundamental, a harmonização que permite afirmar o sentido fundamental do juízo de danosidade social, necessário à ideia de dignidade penal do bem jurídico.

Lembremos que se trata, no bem jurídico-penal, da expressão do interesse de uma pessoa (o titular do bem lesado, ou seja, a criança), na manutenção ou integridade de um certo bem (a integridade corporal) em si mesmo (ou seja, em abstracto) socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.

Esta definição de Figueiredo Dias, em boa verdade, a ser aceite – e já a aceitámos *supra* –, permite já desconsiderar, pelo menos em certa medida, a objecção que invoca a (ausência de) danosidade social. Isto porque parece apontar para a necessidade de consenso social quanto ao valor do bem em causa e quanto à necessidade abstracta de protecção penal, não tanto quanto ao juízo negativo ou de ofensividade típica sobre um determinado tipo de condutas <sup>(187)</sup>.

---

<sup>(187)</sup> As discussões mais prementes que têm surgido sobre problemas de danosidade social parecem confirmar a nossa intuição, embora por outra via. Com efeito, o debate orienta-se geralmente para a questão de saber se a conduta em causa se repercute de modo lesivo na esfera de terceiros, não tanto na daqueles que nela participam de livre vontade [v., por exemplo, Conceição Ferreira da Cunha, «*Constituição e Crime*», 156 e ss. e os acs. do TC n.º 144/2004 (Maria Fernanda Palma) e n.º 196/2004 (Paulo Mota Pinto), sobre o crime de lenocínio]. Ora, a circuncisão religiosa envolve, indubitavelmente, danos para um bem jurídico fundamental de um terceiro (terceiro, leia-se, na medida em que a criança não tem capacidade para consentir em sofrer a lesão, não participando nela por sua vontade livre e esclarecida). Pelo que, em rigor, nos termos da tradicional discussão sobre problemas de danosidade social, a questão nem se colocaria. Se, porém, a colocamos é porque entendemos que o juízo de legitimação de uma criminalização não deve ser levado a cabo apenas



Não pretendemos que o consenso social sobre a importância de um bem sirva para explicar a proibição típica de toda e qualquer ofensa – tal iria, aliás, contra a generalidade dos desenvolvimentos feitos, até agora, neste trabalho. Queremos apenas concluir que os fundamentais nódulos axiológicos do nosso questionamento – o valor da integridade corporal, a importância da intensidade da lesão, a posição especial da criança – não deixam de encontrar correspondência nas representações de valor sociais. E é esse o ponto aqui decisivo – pois parece-nos que a necessidade de consenso social deverá ser dirigida, sobretudo, ao critério legal de decisão e à sua intencionalidade normativa, não tanto à reelaboração que dele é feita em função de um certo tipo de problema.

Deste modo, a adequação material entre o critério jurídico do artigo 143.º e a intencionalidade problemática emanante das circunstâncias do nosso grupo de casos encontra ainda sustento num juízo de danosidade social, pois está fundamentalmente de acordo com aquelas representações de valor sociais.

Esse acordo não é exigido, porém, pela ideia vazia e incontida de que a delimitação concreta do proibido se há-de guiar pelos humores sociais coetâneos. A sua necessidade resulta, sim, do princípio da culpa – e por isso ele há-de limitar-se ao que é exigido para cumprir este princípio. Ora, essas exigências estão cumpridas pela harmonia fundamental que já vimos que ocorre na afirmação do juízo de tipicidade no nosso grupo de casos.

Dir-se-á que as exigências do princípio da culpa, na verdade, não se bastam com isso. Dir-se-á, nomeadamente, que não pode deixar de se levar em conta as representações comuns – e, em concreto, as do agente – sobre o carácter inofensivo da conduta.

É verdade. Só que a esses pontos há que atender noutros âmbitos – nomeadamente, no do erro sobre a ilicitude, não no da tipicidade. Arrumação, esta, que se explica pela história da articulação do princípio da culpa com os vários institutos da doutrina do crime (e pela história desses mesmos institutos) – que, obviamente, não podemos desenvolver aqui.

---

no exame da positivação do critério legal, mas também, sempre que tal se justifique, quando a reelaboração desse critério em face de um certo caso concreto (e aqui é importante lembrar que essa reelaboração é normativamente constitutiva) resulte na afirmação da ilicitude típica da conduta em causa. E pensamos que tal justificar-se-á quando, por exemplo, a sociedade em geral não valora negativamente o tipo de comportamento em causa. Por isso mesmo – por aceitarmos, como hipótese, que é este o caso da circuncisão religiosa – entendemos necessário encontrar um outro ponto de apoio na afirmação da dignidade penal desta conduta (e encontrámo-lo na posição especial da criança, como explicámos). O que passaremos agora a explicar no texto é que esse ponto de apoio extra não nos deve fazer esquecer que aquele momento, por assim dizer, mais básico da danosidade social não deixa de estar verificado – pois a criança sofre, de facto, uma lesão importante na sua integridade corporal.

#### 6.4. A circuncisão religiosa e os castigos corporais

Podemos agora aproveitar o exemplo que concebemos (e que já cumpriu o seu propósito) para, modificando-o, continuarmos a argumentação sobre a tipicidade da prática da circuncisão religiosa. Imaginemos que a circuncisão continua a ser praticada por motivos religiosos e sobre uma pessoa capaz de consentir; desta vez, porém, é levada a cabo sem que o visado tenha dado a sua concordância. Imaginemos até que ele recusou expressamente a operação.

Cremos que todos concordarão que aqui, pelo menos em princípio, há uma conduta típica e ilícita. Mas o que muda, relativamente à circuncisão de crianças, que possa explicar esta variação no sentido do juízo de ilicitude (nomeadamente, face aos que defendem que esta última conduta não é ilícita, ao contrário da primeira)?

Nesta nova hipótese, a vítima já não se encontra na situação especial da criança; mas também já não se verifica a perspectiva social que colocaria dificuldades ao nível do conceito material de crime, pelo que, logo por aí, não se vislumbram grandes problemas na afirmação da ilicitude material.

Lembre-mo-nos, porém, que a doutrina não tem focado este aspecto do conceito material de crime – pelo que, para sermos rigorosos, não pode ser isso a explicar as diferentes soluções dos autores para a circuncisão de crianças e a do exemplo que agora introduzimos. Deste modo, não são as diferenças (efectivamente existentes) no juízo de danosidade social referido a cada conduta que explicam a variação das soluções. E não o são – não o podem ser – porque a literatura sobre o tema não tem focado este aspecto, como já referimos, e porque, segundo nos parece, nas coordenadas por que se tem orientado, não podemos nunca descortinar essa lógica.

Assim sendo, teremos de desconsiderar agora este importante ponto do conceito material de crime, para podermos debruçar-nos sobre o que verdadeiramente poderá levar os autores a esta diferença nas soluções.

Comecemos, porém, por indicar o que, seguramente, não pode explicar essa variação. Referimo-nos a uma eventual diferença de dignidade ou merecimento de protecção entre um jovem ou adulto e um bebé ou uma criança. Ou seja, se se defende que a circuncisão religiosa de uma criança não constitui uma conduta típica e ilícita, mas que isso já acontece com a de um indivíduo de 16 anos (ou mais) que recusou a operação, esta posição não pode ser explicada por uma visão da criança como um ser menos digno, ou menos pessoa, que o jovem ou adulto – como se o sujeito fosse

adquirindo personalidade com a idade <sup>(188)</sup>. Em suma, a criança, apenas por ser criança, não é menos merecedora de protecção penal que o jovem ou adulto, pelo que isso não pode explicar a diferença entre soluções.

A questão é a de saber se os pais deverão ser responsabilizados jurídico-penalmente por sujeitarem o seu filho a uma intervenção cirúrgica desnecessária (de uma perspectiva médica), por motivos religiosos. A tese sob análise é a de que funcionará essa responsabilidade se o filho for jovem ou adulto, mas não se for um bebé ou uma criança.

Essa tese não se pode sustentar apenas na diferença entre uma criança e um adulto (como se essa diferença implicasse que uma tem menos dignidade que o outro). Pelo que talvez se possa explicar pela ideia de que os agentes, por serem pais do lesado, têm, relativamente à criança, uma posição especial que lhes permite imporem-lhe esta intervenção – ou seja, que têm o direito, ou o poder, de o fazer. Direito ou poder que já não teriam relativamente ao filho adulto.

Efectivamente, a par dos argumentos que recorrem a lógicas próprias de perspectivas sociológicas (que já analisámos e rejeitámos), os autores que se têm pronunciado a favor da atipicidade ou ilicitude da circuncisão, invocam, sobretudo, o direito ou direitos dos pais que, supostamente, lhes permitem levar a cabo esta conduta. Pelo que é esta a perspectiva que nos vai agora ocupar.

Começaremos por relacionar o nosso tipo de problema com um outro: o das lesões infligidas em menor através da aplicação de um castigo físico, por parte do seu educador.

O nosso ponto de partida é simples: os pais não têm o direito de lesar corporalmente os filhos com um propósito educativo <sup>(189)</sup>. Mesmo que se pretendesse afastar a tipicidade (ou ilicitude) com base numa posição jurídica dos pais que comportasse tal possibilidade (baseando-se ela, desde logo, no artigo 1878.º do CC), sempre se trataria de um poder-dever <sup>(190)</sup>.

O problema dos castigos físicos aplicados a crianças, no âmbito de um suposto poder de cor-

---

<sup>(188)</sup> Esta constatação pode parecer óbvia e, de resto, a visão que ela rejeita não é defendida expressamente (segundo sabemos) por ninguém. Mas é muito importante frisar este ponto e tê-lo bem presente, porque será necessário lembrá-lo como pressuposto em desenvolvimentos posteriores.

<sup>(189)</sup> Neste sentido, Paula Ribeiro de FARIA, “O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Almedina, 2003 (607-645), 619 e *A Adequação Social*, 599-600. A autora mudou a sua posição, pois antes defendia a existência, neste caso, de uma causa de justificação, baseada no exercício do referido direito (v. “O Castigo Físico dos Menores no Direito Penal”, 618-619). Aceitando um direito de correcção, Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 506 e ss.; Augusto Silva DIAS, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª ed. revista e actualizada, Lisboa: AAFDL, 2007, 96.

<sup>(190)</sup> Referindo-se à educação dos filhos como um direito-dever subjectivo dos pais, a traduzir-se numa “obrigação de cuidado parental”, não estando em causa, desse modo, “um simples direito subjectivo dos pais perante o Estado e os filhos”, J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, anotação ao art. 36.º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (artigos 1.º a 107.º), 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (559-568), 565.

recção, tem já uma longa história doutrinal e jurisprudencial <sup>(191)</sup>. Atendendo a essa história, uma constatação parece clara: há uma tendência crescente para rejeitar a admissibilidade dos castigos corporais <sup>(192)</sup>. A ilicitude civil de tais condutas, porém, nem sempre é acompanhada, da parte da doutrina, de orientações no sentido da ilicitude penal <sup>(193)</sup>.

Pela nossa parte, entendemos que, em princípio <sup>(194)</sup>, nestes casos, haverá ilicitude típica. Não

---

<sup>(191)</sup> Para uma síntese, v. Manfred HEINRICH, “Elterliche Züchtigung und Strafrecht”, *ZIS*, 6 (5), 2011 (431-443), 433 e ss.; v. também ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 805-809.

<sup>(192)</sup> Essa mesma tendência se nota nas sucessivas consagrações legais, em diversos países, de proibições de castigos físicos, desde o caso da Suécia, em 1979 – seguindo-se-lhe a Finlândia (1983), Noruega (1987), Áustria (1989), Chile (1994), Dinamarca (1997), Croácia (1999) e Alemanha (2000).

<sup>(193)</sup> É o caso de Ribeiro de FARIA, que (ainda que diferenciando em função de factores como a gravidade da lesão ou a relação entre o agente e o lesado, entre outros) considera tratar-se aqui, em princípio, de condutas socialmente adequadas: “O Castigo Físico dos Menores em Direito Penal”, 619 e ss. e 623 e ss. e *A Adequação Social da Conduta*, 595 e ss., 602 e 603 e ss.; v. também ROXIN, *op. cit.*, 810. A preocupação dominante parece ser a de conseguir erradicar da educação das crianças a violência, sem, contudo, criminalizar a vida familiar; deixa-se, assim, um âmbito de liberdade para os pais (que abrangerá ofensas ligeiras). Esse terá sido o propósito da (última) alteração legal, em 2000, na Alemanha, na medida em que, segundo vários autores, a lei não sanciona todo e qualquer castigo físico, mas apenas os que sejam degradantes para a criança: v. Manfred HEINRICH, “Elterliche Züchtigung und Strafrecht”, 436-437 (o autor defende mesmo que nada se alterou, quanto ao referido âmbito de liberdade dos pais, relativamente ao anterior regime legal, de 1997). V. também ROXIN, *op. cit.*, 809-810. Defendendo expressamente o afastamento da adequação social nestes casos, Filipe MONTEIRO, *O Direito de Castigo ou o Direito dos Pais baterem nos Filhos – Análise Jurídico-Penal*, Braga: Livraria Minho, 2002, 60 e ss; Maria Clara SOTTOMAYOR, “«Existe um Poder de Correção dos Pais?» - A Propósito do Acórdão do STJ, de 05-04-2006”, *Lex Familiae*, 4 (7), 2007 (11-129). Defende esta última autora que a “nova visão da infância e dos direitos das crianças”, entre outros factores, impõe à jurisprudência o dever de “alargar o espaço de criminalização”, contrariando assim a “tolerância social em relação aos castigos aplicados às crianças”, tolerância que resulta em “construções dogmáticas [referindo-se ao direito de correção] (...) potencialmente perigosas para as crianças, fazendo com que estas sejam o único grupo, na sociedade, que pode ser agredido, sem punição contra os autores da agressão.” (111-112). A autora critica ainda a decisão que comenta no seu trabalho, por ter recorrido a um “método lógico-dedutivo e conceitualista”, em vez de aceitar o caso concreto como ponto de partida e *prius* metodológico, o que terá impedido o tribunal de considerar todas as perspectivas atendíveis e, mais concretamente, de atender à Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (113-114).

<sup>(194)</sup> A resposta poderá variar, naturalmente, em função das circunstâncias concretas do caso, que poderão indicar, por exemplo, a insignificância da conduta. Lembre-se que não está aí em causa apenas a intensidade da lesão em si – não se trata, portanto, de um mero juízo quantitativo. Essa intensidade deverá ser ponderada juntamente com outros factores, como a sensibilidade da criança. Neste sentido, parecem-nos correctas as indicações de Ribeiro de FARIA (“O Castigo Físico dos Menores”, 617-618 e *A Adequação Social da Conduta*, 599). Pronunciando-se a autora, em princípio, pela adequação social destas condutas e pronunciando-nos nós (tendencialmente) pela ilicitude típica, parece que chegaríamos, perante casos concretos, a muitas soluções divergentes. Mas talvez a divergência esteja quase só na formulação, pois a autora refere, como casos de adequação social, sobretudo, condutas que não constituem lesões corporais (como a proibição de ver certas pessoas ou a imposição de um pedido de desculpas por uma ofensa) e quanto a casos de adequação social de lesões corporais, fala em “castigo físico extremamente moderado” (“O Castigo Físico de Menores”, 624). De todo o modo, aproveitamos este passo para a seguinte nota. No tratamento deste problema, feito nos trabalhos referidos, Ribeiro de FARIA afirma que o juízo de adequação social destas condutas se explica pelo facto de que o seu sentido social não coincide com o sentido típico (v., por exemplo, “O Castigo Físico dos Menores”, 615 e *A Adequação Social da Conduta*, 604). Não chega, porém, a esclarecer esse mesmo sentido típico. O que faz é enumerar alguns critérios orientadores, traduzidos em pontos que, a verificarem-se nos concretos casos de castigos corporais de menores, favorecerão o juízo de atipicidade da conduta. Ora, não sendo a ponderação (baseada nesses critérios) feita por referência ao alegado sentido típico (apenas invocado, mas não clarificado), facilmente se explica a nossa concordância com vários passos do pensamento desta autora. Pois parece-nos que, não obstante os enunciados teóricos por que se guia – que referem, nomeadamente, o dever de atender a um suposto sentido interno do tipo, em detrimento do seu sentido formal (sentido interno que se obteria pela interpretação, sendo aí fundamental um juízo de valoração global da conduta, i. e., de adequação social) –, a verdade é que o seu raciocínio, pelo que acabou de se ver, trai uma intenção prática bem diversa. Inten-

nos interessa tanto, porém, a solução final desse problema, e por isso não o aprofundaremos aqui. Vamos apenas dar conta de alguns pontos salientes da sua discussão, que podem ajudar-nos na questão da tipicidade no grupo de casos da circuncisão religiosa.

Os tipos de problema comungam certos aspectos. Em ambos se coloca a questão de saber se hão-de ser responsabilizados os pais por uma conduta que implica uma lesão corporal para o filho <sup>(195)</sup>. Tanto num como noutro, os pais actuam convencidos de estarem a trazer um bem à criança e não se pode falar, relativamente a nenhum deles, de um amplo consenso social sobre a dignidade penal das condutas em causa.

Quanto às diferenças, começamos por salientar as que se prendem com a intensidade e a irreversibilidade da lesão. O alegado poder de correcção não pode, pura e simplesmente, explicar o afastamento da ilicitude de uma lesão irreversível da integridade corporal do menor <sup>(196)</sup>.

Mesmo nos pontos em que, genericamente, há contacto entre os tipos de problema, podemos descortinar diferenças importantes.

É verdade que não há consenso social sobre a dignidade penal das condutas. Mas isso não significa que a perspectiva social seja a mesma. Enquanto o problema da circuncisão nem sequer é verdadeiramente equacionado pela generalidade das pessoas, como referimos, a questão sobre o uso de castigos corporais como método educativo é, pelo menos, controversa <sup>(197)</sup>.

Por outro lado, as motivações dos pais são bem distintas. Essas motivações constituem um ponto importante na discussão sobre a admissibilidade dos castigos corporais. Com efeito, os autores que defendem essa admissibilidade (ou que defendem, pelo menos, não se poder afirmar, em princípio, a ilicitude penal) apresentam certos requisitos ou critérios orientadores da ponderação <sup>(198)</sup>; e entre eles encontra-se, precisamente, o intuito educativo que deve mover os pais quando estes levam a cabo os castigos físicos.

---

ção que se reconduz à ponderação material das circunstâncias do caso concreto, incluindo aí a consideração das intenções sociais pertinentes, por forma a saber se se cumprem as intenções normativas que explicam o critério jurídico aplicável. Intenção que, em suma, revela um carácter normativamente constitutivo: não se reduz tudo, afinal, a determinar a significação ideal abstracta do enunciado típico; trata-se antes de, em função do caso concreto e sentidos sociais nele implicados, analisar a adequação problemática do critério legal e, depois, na pressuposição de ele se ter revelado adequado, obter a solução do caso concreto por mediação desse critério.

<sup>(195)</sup> Para nos limitarmos à analogia problemática que nos importa, excluiremos da nossa consideração os casos de lesões insignificantes.

<sup>(196)</sup> V. Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 507.

<sup>(197)</sup> Lembre-se que a indiferença social face ao problema da circuncisão se deve, segundo cremos, à percepção errada de que está aí em causa uma lesão ligeira e, em última análise, benéfica para a criança. Não é difícil adivinhar que, a corrigir-se esse engano, também esta questão passaria a ser controversa. Quanto à controvérsia sobre os castigos corporais, basta lembrar a celeuma sobre o tristemente célebre ac. do STJ de 5.4.2006 (João Bernardo).

<sup>(198)</sup> V. Ribeiro de FARIA, “O Castigo Físico de Menores”, 624 e ss.; *idem*, *A Adequação Social da Conduta*, 603 e ss.; Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 506-507.

Se, por um lado, a lesão for infligida pelo educador – normalmente, um dos pais –, se se revestir de interesse educativo e se for levada cabo com o intuito (dominante) de prosseguir esse interesse; se, por outro lado, se limitar ao necessário para cumprir a finalidade educativa, não podendo ultrapassar, porém, uma certa medida de gravidade, o castigo físico não é tido como ilícito.

As explicações reconduzem-se, genericamente, a um poder de correcção que justificaria a conduta, ao juízo de atipicidade que resultaria da valoração global da mesma ou à actuação de uma norma consuetudinária. Por vezes, os autores não as distinguem.

Não nos interessa aqui, porém, escolher uma das soluções, ou mesmo saber se alguma delas procede. Interessa-nos, sim, tomar em consideração aqueles pontos orientadores que identificámos e que relevam, à luz das referidas posições, para afirmar a valoração positiva da conduta. É importante considerá-los através de um juízo de comparação valorativa com os pontos problemáticos do grupo de casos da circuncisão religiosa.

O interesse desta comparação tem por base a premissa de que as situações de castigos corporais constituem o tipo dominante de casos em que ainda se defende, abertamente, que a violência física para com crianças não constitui um ilícito penal (dentro das condicionantes referidas). Natural se torna, então, tentar perceber se os pontos de contacto com os casos de circuncisão religiosa permitem identificar, a um nível fundamental, as mesmas lógicas valorativas – i. e., se há uma suficiente analogia material entre os dois grupos de situações.

Só dando uma resposta positiva a esta questão se tornará necessário aprofundar o problema dos castigos corporais. Esse aprofundamento buscará saber se as coordenadas problemáticas desse problema realmente explicam a intencionalidade normativa que as posições referidas defendem (i. e., se realmente explicam a atipicidade). Se aquela resposta for, pelo contrário, negativa, não precisaremos de escrutinar a procedência dos motivos invocados para defender a atipicidade dos castigos corporais, visto que essa procedência, afirme-se ou não, nada mudará relativamente ao nosso grupo de casos. Aquela resposta negativa ajudará, assim, a explicar a solução de tipicidade para os casos de circuncisão religiosa, dada a premissa que enunciámos no parágrafo anterior.

No fundo, esta comparação visa tentar uma última hipótese de concluir pela atipicidade no nosso grupo de casos. Vimos que a consideração da sua materialidade problemática, por si só, não permite explicar essa solução. Veremos agora se a comparação com o relevo jurídico dado aos casos dos castigos corporais aponta a possibilidade de estes últimos funcionarem como ponto de referência, impondo-se o mesmo juízo valorativo (de atipicidade ou exclusão da ilicitude). Essa conclusão só se imporá, naturalmente, no pressuposto de a comparação revelar uma analogia material entre os

grupos de casos.

Começamos por notar que não se descortina, nos casos de circuncisão religiosa, qualquer interesse educativo. Não é essa a lógica das tradições religiosas cumpridas na sua prática, nem os seus agentes pretendem que o seja. Pelo que os pais também não agem motivados pela prossecução desse interesse.

A circuncisão religiosa não serve propósitos educativos ou de correcção. Não se trata de educar ou corrigir o menor. Nos casos de castigos físicos – segundo as posições doutrinárias que excluem a ilicitude típica nesses casos –, estes factores determinam a inadequação da intencionalidade normativa que transcende o critério da punibilidade das ofensas à integridade física. Mas nos casos de circuncisão religiosa não se registam tais factores.

Lembremos que a intensidade do castigo terá de se manter dentro de certos limites e de se restringir à medida do estritamente necessário para cumprir o propósito educativo – há aqui, portanto, uma exigência de proporcionalidade (em sentido estrito) e de adequação.

A circuncisão religiosa, pelo contrário, não se baseia em qualquer fundamento legitimador que lhe dê os limites, pensados em termos de adequação e proporcionalidade. A limitação resultante da exigência de proporcionalidade e adequação, nos casos de castigos corporais, permite já, por si mesma, descortinar que a fundamentação é procurada num plano de validade. O que bem se percebe, se pensarmos que o interesse educativo serve o fim último do bem da criança.

A lógica motivacional dos castigos corporais adequa-se, por aí, a um discurso de validade fundamentante. O fim prosseguido é o bem do menor: procura-se educá-lo, corrigindo-o; torná-lo melhor, ajudando-o a crescer.

O intuito de correcção do mau comportamento da criança tem um carácter universal, pode ser encontrado em qualquer núcleo familiar, em qualquer sociedade. Sobretudo perante certo tipo de condutas, reconhecíveis como merecedoras de repreensão com independência dos condicionalismos culturais da sociedade em causa <sup>(199)</sup>, pode, em suma, perceber-se que esta finalidade correctora é ainda legitimada no plano de um discurso acessível e compreensível por todos. Mais até do que a acessibilidade e compreensibilidade, ela assenta na pretensão de que os pontos que invoca poderão conseguir a adesão de todos os dialogantes, na medida em que eles traduzem interesses que servem

---

<sup>(199)</sup> Comportamentos de mentira ou engano, de violência indiscriminada (sobretudo física) para com outros, práticas de destruição de coisas (sobretudo, com desrespeito pelo propriedade alheia), etc. De todo o modo, é claro que o juízo sobre o carácter reprovável do comportamento de uma criança depende muito das concepções culturais vigentes na sociedade. Mas o que nos importa é a própria universalização da função de correcção de comportamentos por parte de quem tem o papel de educador.

valores comumente partilhados <sup>(200)</sup>.

O mesmo não se aplica aos casos de circuncisão religiosa.

Poderá dizer-se que há também aí uma preocupação com o bem da criança. E essa preocupação torna-se até nítida quando pensamos, por exemplo, nos pais judeus que entendem que a circuncisão é essencial para fazer o filho participar da aliança de Deus com o seu povo. E que, sem ela, será negada ao filho a entrada no reino divino.

Ora, ao contrário do que sucede com o propósito educativo, estas razões mostram-se inaptas, logo à partida, para cumprir a exigência, em termos de validade, dirigida à fundamentação da permissibilidade da lesão corporal. Sobretudo sabendo nós que a problematização questionadora dessa lesão permite afirmar uma correspondência material (pelo menos de princípio) ao critério jurídico-penal da punição das ofensas corporais <sup>(201)</sup>.

A inaptidão daquelas razões percebe-se quando notamos que, nelas, o bem da criança é aferido por referência a pressupostos partilhados apenas pelos membros da respectiva comunidade religiosa. Não cumprem, portanto, tais razões as exigências de objectividade de que não se pode prescindir na análise da tipicidade.

Constatámos que ocorre na circuncisão religiosa uma lesão grave e irreversível do corpo de uma pessoa. Pessoa que, por sua vez, se encontra numa situação especial, a justificar acrescidas cautelas na protecção desse bem. Estes factores apontam fortemente aquela adequação material (no caso, do critério normativo do artigo 143.º) que explica a tipicidade.

A tipicidade traduz-se, no fundo, num primeiro momento do juízo de adequação problemática

---

<sup>(200)</sup> Convém notar que isto nada diz sobre se esses interesses comuns legitimarão todas as práticas levadas a cabo por agentes que os invoquem, como lesões da integridade física. Ou seja, nada do que acabou de se dizer implica que os castigos corporais constituam, necessariamente, condutas atípicas ou não penalmente ilícitas. Já dissemos atrás, aliás, que nos inclinamos, nesses casos, para o juízo de ilicitude típica. Os nossos desenvolvimentos serviram apenas para salientar que os autores que defendem a atipicidade ou exclusão da ilicitude dos castigos corporais poderão (e deverão) apoiar o seu discurso na invocação racional de pontos de valor reconduzíveis às intenções axiológicas que transcendem o nosso sistema normativo; e fá-lo-ão de modo a explicar porque não impõem os factores problemáticos desse tipo de casos um juízo de tipicidade. É apenas essa possibilidade argumentativa que queremos salientar e, assim, não nos interessa entrar em discussão com esses autores sobre eventuais insuficiências da argumentação que efectivamente utilizam.

<sup>(201)</sup> Não têm razão, portanto, Heiner BIELEFELDT (“Menschenrecht, kein Sonderrecht”, 80-81), Marianne HEIMBACH-STEINS (“Religious Freedom and the German Circumcision Debate”, 2013, 12) ou Michael GERMANN [“Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (83-97), 92] quando, contra PUTZKE [“Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge”, in Putzke et al. (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos – FS für Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, (669–709), 701], salientam que as opções religiosas de cada um (ou de um grupo) não têm de ser justificadas perante os outros em termos racionais. É que não se trata de explicar a racionalidade da opção religiosa – neste caso, do dever de circuncidar –, mas sim a da lesão corporal que a criança sofre.



do critério hipoteticamente aplicável <sup>(202)</sup> – juízo que só poderá estar completo quando se afirmar como juízo de ilicitude típica, ou seja, quando forem feitas as ponderações sobre a possibilidade de justificação da conduta. Então poderemos concluir, com segurança, que a solução judicativa do caso concreto será encontrada por mediação do critério normativo seleccionado.

O que não quer dizer que então se imponha a solução punitiva. Pois haverá ainda que prosseguir com o questionar das próprias intenções normativas do critério, à luz dos pertinentes princípios jurídicos e em função das circunstâncias concretas do caso.

No fundo, a consideração adequada de todos os pontos jurídico-problematicamente relevantes do caso concreto faz-se em momentos diversos. Alguns desses pontos são considerados ao nível da tipicidade e a o nível da ilicitude, na medida que a sua apreciação permitirá confirmar (ou negar) a adequação material-problemática do critério normativo hipoteticamente aplicável. Outros, não podendo condicionar esse juízo de adequação, não deixarão, porém, de ser necessariamente considerados. Só que serão valorados num patamar próprio – é o que acontece, de modo exemplar, com as circunstâncias que relevam para o juízo de culpa.

Tudo isto serve para concluirmos a afirmação da tipicidade nos casos de circuncisão religiosa.

Destacámos os pontos que explicam a adequação problemática do critério normativo. Esta adequação não pode ser infirmada pelas motivações que guiam os pais – ainda quando estes ajam por amor à criança –, nem pelo modo como a conduta é encarada na respectiva comunidade religiosa. E isso porque estes factores dependem directamente de pressupostos que, ao exigirem a partilha da mesma crença religiosa, não são acessíveis a todos os membros da sociedade – pelo menos, não no modo em que o deveriam ser, nos termos de um discurso público legitimador das opções políti-

---

<sup>(202)</sup> Note-se que vai aqui, como em muitos outros momentos deste trabalho, pressuposta uma determinada perspectiva do tipo. Como temos deixado entendido, se trata, no tipo, segundo cremos, de uma *descrição* da conduta proibida. Tal visão só se adequa a uma concepção dedutiva-normativista do sistema. O tipo não oferece uma descrição, mas sim um *critério de solução* para um problema nele pressuposto: a delimitação típica é feita em termos abstractos e problemáticos. O tipo só pode, porém, assumir-se como critério adequado à resolução de um caso concreto aí onde essa adequação seja revelada pelas intenções normativas que explicam o critério – revelação que é feita, já o sabemos, em função das circunstâncias problematicamente relevantes do caso. Ora, se é por referência àquelas intenções normativas que se decidirá da adequação problemática do critério normativo, então o tipo há-de ser entendido como “portador da valoração jurídico-criminal” (é com este sentido, que não era o do seu autor, que acolhemos a expressão de Eduardo CORREIA: v., deste autor, *Direito Criminal*, vol. I, reimpr. Coimbra: Almedina, 2010, 276) e, assim, como *tipo de ilícito* (perspectivada deste modo, acolhemos a concepção de Figueiredo DIAS: v., deste autor, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 86 e ss.; *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 265 e ss.). Poderá assim compreender-se também, com facilidade, o que se diz a seguir no texto sobre a completude do juízo de adequação vir apenas com a ponderação da possibilidade de justificação da conduta – porque, enfim, é de um juízo de *ilicitude típica* de que se trata.

cas sobre o proibido e o permitido <sup>(203)</sup>.

Esse discurso, em suma, pensado para uma certa realidade social e em função dela, deve, para se fundamentar em termos de validade, buscar sempre a concretização de intencionalidades axiológico-jurídicas. Ele não pode ver-se essencialmente afectado, na delimitação problemática-abstracta da tipicidade penal, por razões que, indiferentes ao sentido prático daquelas intencionalidades, pretendem afastar o critério que as concretiza por interesses particulares, exclusivos de quem as invoca.

Isto percebe-se logo, de resto, se notarmos que a exigência da circuncisão se explica a si mesma, ao contrário do castigo corporal, que apenas aparece como reacção a um mau comportamento e com o propósito de prevenir a prática de eventuais repetições do mesmo.

O mandamento da circuncisão é incondicionado: não se explica em função de nenhuma circunstância particular e, deste modo, ele funciona segundo uma lógica de infinito – por isso mesmo, aliás, é natural que *todos* os homens judeus e *todos* os homens muçulmanos tenham de ser circuncidados <sup>(204)</sup>. Isto significa que as motivações que explicam a circuncisão religiosa vão de encontro a uma normatividade abstracta: excepto em raras situações, relacionadas com a saúde da criança <sup>(205)</sup>, a circuncisão deve ser operada independentemente das características do visado, do enquadramento familiar, etc. A lógica dos castigos corporais é outra, pois eles só poderão ser aplicados (para quem entenda, naturalmente, que tal possibilidade é de admitir) no pressuposto de um comportamento incorrecto do menor, nos termos exigidos por um juízo de proporcionalidade, etc.

Tudo isto para dizer que os defensores da legitimidade dos castigos corporais podem adoptar uma argumentação adequada (ainda que apenas no tipo de lógica que utiliza, não tanto, segundo

---

<sup>(203)</sup> Cfr. Kent GREENAWALT, *Private Consciences and Public Reasons*, New York: Oxford University Press, 1995, 23 e ss., que, a propósito dos fundamentos das decisões políticas, distingue entre fundamentos “acessíveis” e “não acessíveis”. A distinção seria feita segundo um critério de objectividade: fundamentos meramente subjectivos – i. e., explicados por meras preferências individuais ou crenças – não cumpririam os requisitos de uma acessibilidade pública, pois o reconhecimento da sua validade implica a comunhão das mesmas posições subjectivas. Como tal, estes fundamentos não poderiam explicar, por um lado, uma decisão política, nem, por outro lado, a restrição ou rejeição da mesma (supondo, neste último caso, naturalmente, que essa decisão assenta em fundamentos “acessíveis”).

É interessante aplicar a lógica deste pensamento aos nossos desenvolvimentos. No fundo, não se pode explicar a inadequação problemática do critério jurídico do artigo 143.º com base em razões que escapam à referida acessibilidade pública; mas é isso mesmo que, inevitavelmente, aconteceria com o juízo de atipicidade da circuncisão religiosa. Já nos casos de castigos corporais, pelo contrário – na medida em que a invocação do bem da criança é feita por referência a uma inevitabilidade universalmente reconhecida (a da necessidade de correcção do mau comportamento) – a solução da atipicidade ou de exclusão da ilicitude tem a legítima pretensão de invocar fundamentos “acessíveis”. O sucesso com que efectivamente o faz, é outra questão.

<sup>(204)</sup> Sobre o problema de saber quem é judeu, para efeitos de sujeição à circuncisão, v. ABUH-SAHLEH, *Circuncision Masculine et Féminine*, 64-65. A questão não é tão premente entre os muçulmanos: v. *idem*, 169-170.

<sup>(205)</sup> Trata-se de casos em que a criança tem algum problema de saúde que impede a realização da operação, na medida em que esta poderia levar à morte. Note-se, porém, que, normalmente, a operação é apenas adiada. Em certas situações – como a de haver uma elevada probabilidade de a criança ser hemofílica –, porém, pode mesmo abdicar-se da operação: v. *idem*, 68 e 171.

cremos, na validade dos motivos que invoca) a sustentar a inadequação problemática do critério de punição da ofensa à integridade física – na medida em que se visa aí mostrar que certas circunstâncias concretas, por exigirem (supostamente) a possibilidade de castigar corporalmente a criança à luz de certas intenções axiológicas ainda relevantes no sistema normativo, reclamam uma outra orientação normativa, que não a daquele critério. Já os defensores da circuncisão religiosa, pelo contrário, na medida em que se limitem a sustentar a legitimidade desta conduta num poder ou direito que se justifica a si mesmo – e não em qualquer pretensão dialógica dirigida aos fundamentos do critério de punição –, mas não é partilhado por todos os membros da sociedade, não poderão explicar a inadequação problemática desse critério.

## **6.5. A circuncisão religiosa como conduta típica**

### **6.5.1. O efeito estigmatizante**

Por fim, antes de encerrar a análise da tipicidade da circuncisão religiosa, deixaremos uma nota sobre um argumento muitas vezes utilizado pelos defensores da legitimidade da circuncisão. Referimo-nos à chamada de atenção que se faz para o facto de uma proibição desta conduta poder resultar na estigmatização do incircuncidado. Na medida em que o normal, na comunidade respectiva, será ser circuncidado, quem não o for poderá ser objecto de rejeição por parte dos outros<sup>206</sup>.

Começaremos por notar que esta objecção não é tão premente como se parece fazer crer – ou sê-lo-á em menos casos do que parece pretender-se. Bastará atender ao facto de, por exemplo, haver muitos judeus a optarem – por sua vontade, não em virtude de uma proibição – por não circuncidar os seus filhos. E muitos têm mesmo protagonizado um combate enérgico contra a tradição da circuncisão religiosa<sup>(207)</sup>.

Em segundo lugar, não podemos deixar de dar uma resposta muito óbvia a esta objecção: com a proibição da conduta<sup>(208)</sup> – e admitindo que, mesmo que não muito a princípio, a proibição tenderá, com o tempo, a ser acatada por cada vez mais destinatários – o normal será cada vez mais a incir-

---

<sup>(206)</sup> Como referimos no início do trabalho, este argumento foi utilizado pelo Amtsgericht Köln na sua decisão de absolvição.

<sup>(207)</sup> Destacaremos, a título de exemplo, o trabalho de Ronald GOLDMAN: v. *supra*, nota 10.

<sup>(208)</sup> Ou, talvez mais exactamente, com a confirmação – à luz de uma adequada consideração das circunstâncias problemáticas relevantes – dessa proibição.

cuncisão em vez da circuncisão, pelo que o problema tenderá a desaparecer.

Depois, esta objecção não pode infirmar o que vimos dizendo sobre a adequação problemática do critério de punição da ofensa à integridade física, visto que não permite afastar nenhum dos motivos que a fundamentam. Resta saber, no entanto, se ela traz à colação outros pontos que nos levem a considerar que, apesar daqueles motivos, o juízo de tipicidade deve ser, a final, recusado.

Por princípio, a resposta tem de ser negativa. Em termos muito simples: não vemos sentido em aceitar esta objecção como suficiente para fazer recuar uma proibição que (até agora) se mostrou ser, em si mesma, correcta. Partir da perspectiva inversa seria aceitar a possibilidade de uma espécie de chantagem dos destinatários da norma, que, por assim dizer, ameaçam ostracizar quem a cumprir<sup>(209)</sup>.

Ou seja, esta objecção não invalida em nada os motivos que se possa invocar para fundamentar a ilicitude da conduta, nem pretende sequer discutir essa ilicitude. Apenas chama a atenção para o facto de a proibição, à partida legítima, poder ter consequências nocivas para o titular do bem jurídico protegido. Nesta medida, cremos que ela deve ser tida em conta, pois obriga-nos a averiguar se não existirão outros meios de combater a prática da circuncisão religiosa – meios que não acarretem essas mesmas consequências nocivas.

Em suma, o argumento da estigmatização não pode fundamentar a licitude da circuncisão religiosa, nem sequer invalidar a proibição desta; mas pode explicar a ilegitimidade de se recorrer à tutela penal para concretizar essa proibição, atendendo à lógica de subsidiariedade dessa tutela. É isso que teremos em conta mais à frente.

### 6.5.2. Conclusão

Por se tratar de proteger um bem jurídico fundamental para a comunidade, que, efectivamente, sofre uma lesão; por se registar, nessa medida, uma analogia típica entre tipos de problema (problema pressuposto na norma e tipo de problema do caso concreto a resolver); por nada explicar a inadequação material do critério normativo identificado nessa analogia, não pode ser negada a tipicidade da conduta aqui em causa.

Esta análise pode parecer demasiado logicista e até formalista. Depois de tudo o que dissemos sobre a devida consideração dos elementos problematicamente relevantes do caso, não deveríamos

---

<sup>(209)</sup> V. Brian VALERIUS, *Kultur und Strafrecht – Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 156.

atender a pontos cruciais como a obrigatoriedade da prática, decorrente de mandamentos religiosos, para os seus praticantes? Ou ao importante papel que o acto tem na futura integração da criança na comunidade a que pertence? Ou mesmo deixar relevar, de algum modo, o facto de que a conduta não é tomada como ofensiva pelos seus agentes?

Não se deixará de dar a devida relevância a tais pontos. Na tipicidade, porém, trata-se, sobretudo, de dar cumprimento aos princípios da legalidade e da ofensividade. O que nos preocupa, nesse âmbito, é identificar uma adequação problemática do critério de decisão. E é aí importantíssimo, naturalmente, constatar a lesão voluntária do bem jurídico protegido. Não quer isto dizer que toda a lesão desse género seja necessariamente típica (veja-se o que se disse sobre o princípio da insignificância, por exemplo). No tipo de casos que nos ocupa, porém, podemos concluir que nenhum dos pontos que constroem a problemática juridicamente relevante conduz ao afastamento da tipicidade.

Note-se que o facto de os agentes sentirem que a sua conduta é benéfica para a criança não afasta o seu dolo. Os agentes sabem que a circuncisão implica a remoção do prepúcio – e a sua vontade é dirigida a essa remoção. Há dolo directo intencional.

Não discutimos que a motivação destes agentes deva relevar de um modo diverso da de alguém que, por exemplo, age pelo prazer sádico de causar dor a outra pessoa. Só que a diferença não relevará ao nível do dolo do tipo. Se duas pessoas mutilam uma terceira, tem dolo intencional tanto o que quer simplesmente causar dor como o que se motiva por um mandamento religioso.

Não significa isto que a circuncisão religiosa constitua necessariamente um facto punível. A teoria do crime estrutura diferentes passos que a decisão concreta sobre a responsabilidade penal de um agente deve percorrer. E àqueles pontos problemáticos há-de ser concedida a devida relevância nesses outros passos, para além do momento da tipicidade.

## **7. A experimentação do critério decisório feita por referência ao tipo de problema – a confirmação do juízo de adequação problemática fundamental do critério normativo como fundamentamento da ilicitude**

### **7.1. A ilicitude típica**

O passo que nos interessa agora analisar é o da ilicitude. Procurámos sustentar que a circuncisão religiosa constitui uma conduta típica. O que agora queremos saber é se, para além disso, é ilícita.

Dissemos antes que adoptamos a concepção de ilícito-típico de Figueiredo Dias – e explicá-mos os termos em que a adoptamos <sup>(210)</sup>. Tal inclui a aceitação de que o ilícito tem, na teoria do facto punível, precedência valorativa sobre a tipicidade. Na perspectiva, por assim dizer, processual da averiguação concreta da ilicitude típica de um comportamento, porém, é perfeitamente operacional a separação entre a ponderação da tipicidade e a ponderação sobre a ilicitude: embora ambas se reconduzam, na nossa óptica, a um juízo global de adequação problemática do critério normativo em causa, cremos que esse juízo deve (poder) ser afirmado em dois momentos.

No primeiro, tratar-se-á de encontrar os pontos que fundamentam positivamente aquela adequação. Foi o que fizemos até aqui. No segundo, buscar-se-á averiguar a eventual pertinência de momentos justificativos – pertinência que, a afirmar-se, levará ao afastamento do juízo de adequação. Não se afirmando, teremos a fundamentação negativa da adequação problemática do critério, podendo então afirmar-se a ilicitude típica.

## **7.2. O consentimento como causa de justificação da circuncisão religiosa?**

### **7.2.1. A posição de FATEH-MOGHADAM**

Começemos por analisar a possibilidade de a lesão no corpo da criança estar justificada por consentimento dos pais em representação do filho.

O autor que, até ao momento, mais desenvolvidamente explorou a possibilidade de o consentimento excluir a ilicitude da lesão corporal implicada na circuncisão religiosa é Bijan FATEH-MOGHADAM <sup>(211)</sup>.

FATEH-MOGHADAM começa por criticar a generalidade dos autores que, na tentativa de explicar a exclusão da ilicitude da lesão, se preocupam sobretudo em explorar a liberdade religiosa dos pais, procurando extrair daí uma espécie de causa de justificação de carácter religioso ou cultural.

De acordo com FATEH-MOGHADAM, este caminho é desnecessário, pois pode ser evitado

---

<sup>(210)</sup> V. *supra*, nota 202. V. também Fernanda PALMA, “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal”, 418 e ss.; Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal*, 256-258.

<sup>(211)</sup> V., deste autor: “Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht”, *RW*, (2), 2010 (115-142), 127 e ss.; “Criminalizing male circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11”, *German Law Journal*, 13 (9), 2012 (1131-1145), *passim*; “Strafrecht und Religion im liberalen Rechtsstaat”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (146-159), 148 e ss. Os dois últimos trabalhos aplicam, basicamente, numa crítica à decisão do LG Köln, o pensamento exposto no primeiro, pelo que limitaremos as referências ao primeiro trabalho referido. Próximo do pensamento deste autor está Brian VALERIUS: *Kultur und Strafrecht*, 152 e ss.

por uma análise mais cuidada da dogmática do consentimento jurídico-penal – análise que basta para fundamentar a justificação da conduta. Além de desnecessário, tal caminho conduz a uma perspetivação nociva do problema, reduzindo a prática da circuncisão a uma tradição cultural anacrónica e obscurecendo o facto de ela também ser praticada, sobretudo em países como os Estados Unidos, por motivos não religiosos, tanto pelos pais judeus ou muçulmanos como por outras pessoas <sup>(212)</sup>.

O autor entende que a eficácia do consentimento está dependente do juízo que se faça sobre a afectação do bem da criança resultante da sujeição à circuncisão religiosa. Nesse juízo não poderá deixar de ser importante considerar os dados médicos.

Discorda, porém, FATEH-MOGHADAM de quem resume a ponderação à averiguação da existência de indicação médica. Isto porque tal posição desconsideraria inadmissivelmente os direitos constitucionalmente atribuídos aos pais face aos seus filhos e o papel que, em consequência, lhes deverá caber na determinação do bem da criança. Não podendo o Estado substituir-se aos pais nessa determinação, resta-lhe uma função de cariz negativo: ao Direito cabe apenas estabelecer os limites para lá dos quais se deve considerar ineficaz o consentimento. Aquém desses limites, os pais têm um espaço de liberdade, no âmbito do qual podem decidir o que melhor serve o interesse do filho <sup>(213)</sup>.

Segundo o autor, esses limites não coincidem com a ausência de indicação médica, por na protecção do bem jurídico-penal integridade física não estar em causa um mero aglomerado de carne e osso, mas também o direito de autodeterminação referido ao corpo <sup>(214)</sup>. Essa autodeterminação, exercida pelos pais, é, portanto, fundamental no juízo sobre a afectação do bem jurídico. Deste modo, a ponderação nunca se pode resumir à averiguação da existência, no caso concreto, de indica-

---

<sup>(212)</sup> V. “Religiöse Rechtfertigung?”, 116 e ss. Relativamente àqueles outros motivos, chega mesmo a dar o exemplo de preocupações estéticas.

<sup>(213)</sup> V. “Religiöse Rechtfertigung?”, 130-131.

<sup>(214)</sup> Com esta referência ao direito de autodeterminação sobre o corpo, o autor adopta o pensamento de ROXIN. Acaba assim, segundo nos parece, por tomar posição na querela, que antes havia desvalorizado, sobre se no consentimento dado por representante se trata de uma determinação alheia do interesse preponderante em causa, ou se, em vez disso, se trata ainda da defesa do direito do menor à sua autodeterminação (se bem que exercida agora por outra pessoa no seu lugar): v. *ibidem*, 128 e ss. (com referências). Pode ver-se uma crítica ao referido pensamento de ROXIN em Knut AMELUNG/Jörn LORENZ, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, in *FS für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln: Carl Heymanns, 2007 (527-533), 530 e ss. Defendem estes autores que no consentimento do representante não se trata de preservar a autonomia do paciente, que só pode ser exercida pelo próprio – ideia que temos por fundamentalmente correcta, embora tenhamos dúvidas quanto à concepção puramente naturalística do bem jurídico integridade física que parecem adoptar. Essa concepção naturalística talvez se revele a mais adequada quando se trate proteger o interesse do menor – visto que este não tem a capacidade de autodeterminação suficiente para consentir. Quando ele adquira essa capacidade, porém, aceitamos que aquela concepção naturalística pode revelar-se demasiado redutora, sendo importante atender ao direito à autodeterminação que a pessoa já é capaz de exercer. Isto pode revelar-se importante quando se tratar, por exemplo, de saber se dado consentimento ofende ou não os “bons costumes”.

ção médica para a prática da circuncisão <sup>(215)</sup>.

Defende FATEH-MOGHADAM que o limite à liberdade de decisão dos pais aparecerá aí onde essa decisão implique já um claro abuso ou mau uso (“Missbrauch”) do seu poder de decisão. Para perceber se, num caso concreto, já estamos perante esse abuso ou não, devemos então verificar se a decisão dos pais ainda é defensável segundo alguma das perspectivas ligadas à defesa do bem da criança <sup>(216)</sup>.

Explica o autor que tal verificação deve fazer-se em dois momentos: no primeiro leva-se a cabo um confronto entre as desvantagens e as vantagens da intervenção (nomeadamente, em termos de saúde da criança); no segundo, cabe averiguar se está em causa uma medida degradante, como tratamentos humilhantes ou discriminatórios, castigos corporais ou lesões espirituais.

Debruçando-se então especificamente sobre a circuncisão religiosa, FATEH-MOGHADAM começa por caracterizá-la como uma prática que lesa levemente a integridade física – usando, para isso, uma comparação (diferenciadora) com a excisão. Desvaloriza os riscos implicados na circuncisão, por terem uma baixa percentagem de probabilidade de ocorrência, e salienta a ausência de certeza médica quanto a muitas das alegadas desvantagens <sup>(217)</sup>.

De seguida, destaca as (por ele supostas) vantagens médicas, tanto curativas como preventivas, da circuncisão (desvalorizando o facto de algumas delas poderem ser obtidas através de outros métodos, não lesivos da integridade corporal), tanto para a criança como para terceiros (referindo-se aqui a uma redução da probabilidade de transmissão de doenças) <sup>(218)</sup>.

Resulta então deste confronto, segundo o autor, que a decisão de sujeitar o filho à circuncisão (religiosa ou não) não constitui um uso indevido da posição especial que têm os pais – pelo que é ainda abrangida pelo seu espaço de liberdade para decidir. E sustenta que tal juízo é ainda confirmado por não estar em causa nenhuma medida degradante, visto que a circuncisão não é realizada como castigo corporal, nem implica lesões espirituais, nem tratamentos humilhantes ou discriminatórios <sup>(219)</sup>.

---

<sup>(215)</sup> V. FATEH-MOGHADAM, *op. cit.*, 132-133.

<sup>(216)</sup> V. (também sobre a verificação a seguir resumida) *ibidem*, 133 e ss.

<sup>(217)</sup> V. *ibidem*, 134-135.

<sup>(218)</sup> V. *ibidem*, 135-137.

<sup>(219)</sup> V. *ibidem*, 137-138. FATEH-MOGHADAM contrapõe aqui, de novo, a circuncisão à excisão: esta constituiria sempre um tratamento degradante, humilhante e discriminatório (contra as mulheres). Resta saber, porém, em que medida esta disparidade tão grande de perspectivas sobre *todas* as modalidades de excisão (incluindo as menos graves, portanto) e a circuncisão não denuncia a presença de um “erro de projecção” (v. John W. COOK, *Morality and Cultural Differences*, New York: Oxford University Press, 1999, 66). Não fica claro, com efeito, o fundamento para esta disparidade: é difícil aceitar que ele se reconduza, como FATEH-MOGHADAM pretende, à diferença de desvantagens e vantagens, em termos de saúde, entre ambas as práticas (mesmo que estivessem comprovadas, como o autor pretende, as alegadas



Em conclusão, FATEH-MOGHADAM entende que a prática da circuncisão está justificada por consentimento dos pais – não sendo necessário recorrer à liberdade religiosa destes para fundamentar essa justificação, até porque isso, como se referiu só confundiria os dados do problema.

### 7.2.2. Crítica da posição de FATEH-MOGHADAM e posição adoptada

Como refere HERZBERG, FATEH-MOGHADAM aposta tudo numa carta: a das alegadas vantagens médico-preventivas da circuncisão (ou a da sua prevalência sobre as desvantagens) <sup>(220)</sup>. Como explica também aquele autor, porém, essa carta é insuficiente para obter o efeito pretendido.

Em primeiro lugar, facilmente se percebe que mesmo que estivesse provado que a circuncisão resulta numa redução da probabilidade de transmissão futura de doenças, em nada devem interessar os benefícios de terceiros para determinar se e em que medida aquela intervenção implica uma afectação do bem da criança. Relativamente às vantagens médicas para a própria criança (imaginando que estão comprovadas e descontando o facto de algumas poderem ser atingidas sem esta intervenção), elas não deixariam de poder ser obtidas com o adiamento da operação para uma altura em que o próprio visado pudesse decidir. Mesmo que assim não fosse, tais vantagens, de carácter preventivo

---

vantagens médicas da circuncisão). Se se viessem a comprovar, a propósito da excisão, as vantagens médicas de que o autor se vale (ou que pressupõe) para defender a exclusão da ilicitude da circuncisão, passaria a excisão a ser menos degradante, humilhante e discriminatória por isso? A caracterização como degradante ou humilhante parece estar antes dependente de certas concepções culturais e sociais. Na comunidade onde é praticada, a excisão não implica degradação ou humilhação. Pelo que devemos ter cuidado para não tomarmos certas práticas, que só podem ser verdadeiramente entendidas quando contextualizadas, como tendo o mesmo significado que assumiriam práticas similares, se fossem realizadas na nossa sociedade (portanto, devemos procurar não cometer o referido erro de projecção). Note-se ainda que a caracterização da excisão como discriminatória, por contraposição à circuncisão, é, no mínimo, estranha. De facto, em muitas das comunidades em que a excisão é realizada, também é praticada a circuncisão, pelo que não há discriminação. Mais do que isso: veja-se o exemplo dos judeus, que circuncidam os homens, mas não excisam as mulheres; porque não falar aqui em discriminação contra os homens? Ou porque não falar aí também em discriminação contra as mulheres, se concordarmos com quem explica o significado rabínico da circuncisão judaica como ligado intrinsecamente a uma exclusão das mulheres da Aliança de Deus com o seu povo? (v. Lawrence HOFFMAN, *Covenant of Blood: Circumcision and Gender in Rabbinic Judaism*, Chicago: University of Chicago Press, 1996, 166 e ss.; v. também SCHIRATZKI, “Banning God’s Law in the Name of the Holy Body”, 48). Tendo em conta esse significado, a acusação de discriminação poderia até, teoricamente, funcionar como um incentivo à comunidade judaica para circuncidar também as mulheres (ou, nas comunidades em que se pratica a excisão, mas não a circuncisão, um incentivo a que também esta seja realizada), o que não é, certamente, o que se pretende.

Em suma, parece-nos que nada se ganha com caracterizações destas práticas como “bárbaras”, “degradantes”, “humilhantes”, ou mesmo “discriminatórias”. Devemos antes centrar-nos no que, de facto, pode explicar a ilicitude das mesmas: a lesão corporal que elas implicam. E isto vale tanto para a excisão como para a circuncisão, já que também relativamente a esta última encontramos juristas a considera-la um “acto bárbaro”: v., por exemplo, Reinhard MERKEL, “Die Haut eines anderen”, *Süddeutsche Zeitung*, 30.8.2012. Este autor considera mesmo que o “direito especial” que se concede aos judeus de praticarem a circuncisão explica-se apenas pela culpa histórica que o povo alemão tem para com aquele grupo. Para uma crítica acertada desta perspectiva, v. BIELEFELDT, “Menschenrecht, kein Sonderrecht”, 74-75.

<sup>(220)</sup> V. HERZBERG, “Religionsfreiheit und Kindeswohl”, 471. Este estudo é dedicado a uma crítica à posição de FATEH-MOGHADAM.

e referidas a danos com reduzida probabilidade de ocorrência futura, não podem justificar a inflicção de uma efectiva lesão corporal num órgão saudável – tal como a prevenção de eventuais futuras amigdalites ou apendicites não explica, sem mais, a legitimidade da remoção das amígdalas ou do apêndice saudáveis da criança <sup>(221)</sup> <sup>(222)</sup>.

Acrescentaremos, da nossa parte, o seguinte.

Como referido anteriormente, a finalidade terapêutica constitui uma das condições da atipicidade das intervenções médico-cirúrgicas. Ela assume-se, com efeito, como factor determinante na ponderação material dos dados que constituem problemáticamente o caso a resolver, na medida em que contribui para fundamentar a inadequação problemática do critério legal da punição da ofensa à integridade física – podendo ter-se, aliás, como um factor decisivo nesse aspecto.

A *intenção terapêutica* dirigida ao *efeito curativo* de uma intervenção cirúrgica tem, portanto, uma importância material decisiva na ponderação da ilicitude típica dessa conduta. Assim sendo, fica ainda mais difícil perceber porque hão-de relevar as incertas e reduzidas vantagens médico-*preventivas* (não curativas) – que *não são o motivo dominante para levar a cabo a intervenção* (para não dizer que elas nem sequer são aí consideradas) – para explicar a negação de um juízo de ilicitude típica sobre a circuncisão religiosa. Ou seja, a posição em análise é indefensável no nosso ordenamento jurídico, na medida em que se traduz em propor o seguinte: em princípio, o efeito *curativo* tem de constituir o motivo principal da intervenção cirúrgica para afastar a ilicitude típica; tratando-se de uma circuncisão, porém, o efeito *meramente preventivo* nem sequer precisa de ser tido em conta pelos agentes para a conduta ser atípica. A incoerência é evidente.

Além disso, ainda a propósito das intervenções médico-cirúrgicas (leia-se: as curativas), há que perceber uma ideia básica e fundamental: se se exige o consentimento de quem legalmente representa a criança para se poder realizar tais intervenções, essa exigência não se deverá entender como sig-

---

<sup>(221)</sup> V. *idem*, 473. Mesmo admitindo as alegadas vantagens médico-preventivas da circuncisão, tendo em conta o baixíssimo índice da probabilidade de contracção das doenças em causa e a irrisória melhoria que a operação traria nesse aspecto, perguntamo-nos se não poderemos mesmo considerar esta argumentação tão absurda como a que se destinasse a sustentar a legitimidade da remoção do dedo mindinho de uma criança, de modo a prevenir uma eventual infecção futura do mesmo (sem que nada a fizesse prever).

<sup>(222)</sup> HERZBERG interpreta ainda uma passagem de FATEH-MOGHADAM (em que este se refere às percentagens de homens circuncidados no mundo) atribuindo a este autor a defesa da teoria da força normativa dos factos – aproveitando então para criticar essa teoria (v. *ibidem*). Se concordamos com a generalidade das considerações aí tecidas (já desenvolvemos, aliás, a nossa própria posição a esse propósito), cremos, porém, que elas falham o alvo: parece-nos que FATEH-MOGHADAM, ao contrário do que diz HERZBERG, não procura concluir sobre o dever-ser a partir do ser. A referência àquelas percentagens insere-se num passo em que o autor procura apenas destacar que a circuncisão, nos vários sítios onde é praticada, se explica por diferentes contextos e motivações (v. FATEH-MOGHADAM, “Religiöse Rechtfertigung?”, 120-121).

nificando uma comunicação da liberdade pessoal ao representante <sup>(223)</sup>. O representante não tem a liberdade de dispor do corpo do representado como se fosse o seu <sup>(224)</sup>.

Pelos mesmos motivos se há-de recusar aos pais, por exemplo, a legitimidade para rejeitar uma transfusão de sangue necessária para salvar a vida do filho, mas proibida pela sua religião – casos tradicionalmente ligados às Testemunhas de Jeová <sup>(225)</sup>. Também aí os pais devem decidir pelo que, objectivamente, serve o bem do menor. Pela razão simples de que não lhes cabe exercer a liberdade de autodeterminação do filho, mas sim tomar decisões que assegurem a possibilidade (futura) do exercício dessa liberdade pelo próprio. Por outras palavras, eles não se apoderam, enquanto representantes, da liberdade do filho e, por isso, não têm o papel de lhe determinar o conteúdo; cabe-lhes, sim, assegurar as suas condições de exercício.

A posição de FATEH-MOGHADAM traduz-se, no fundo, em aceitar que os pais possam impor intervenções cirúrgicas à criança, mesmo que graves e de consequências irreversíveis, sem indicação médica e seja por que motivo for (religiosos ou não, e incluindo meras preferências estéticas); isto, desde que se consiga ainda descortinar, nessa intervenção, uma perspectiva de defesa do bem da criança – por mais remota que ela seja e ainda que ela também admitisse a utilização de meios menos lesivos <sup>(226)</sup>, como acontece com as alegadas vantagens preventivas da circuncisão.

Ora, o tipo de ponderação que esta solução propõe faz com que tenhamos de a rejeitar logo à

---

<sup>(223)</sup> V. Manuel da Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, 412-414.

<sup>(224)</sup> “Bem vistas as coisas, do que se trata [na exigência do consentimento do representante legal] é sempre de assegurar vias legais de realização da intervenção medicamente indicada e não de tutelar uma liberdade de disposição sobre a saúde ou a vida (do incapaz)”: *ibidem*, 414. É certo que este autor está a pensar na recusa do representante em consentir numa intervenção médico-cirúrgica necessária para proteger o bem jurídico do representado. As mesmas considerações valem também (e talvez ainda mais), no entanto, para a situação inversa: aquela em que os representantes desejam sujeitar o representado a uma intervenção cirúrgica medicamente desnecessária, conforme se explicará no texto e na nota seguinte. Apontando como “unânime” o entendimento de que nos casos de intervenções realizadas em menor incapaz de consentir a ofensa aos “bons costumes”, para efeitos de saber se o consentimento dado pelo representante é válido ou não, é determinada de acordo com o bem-estar da criança, Michael GERMANN, “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 87.

<sup>(225)</sup> Relativamente a casos como este (e na sequência do foi citado na nota anterior), refere Costa ANDRADE o seguinte: “Daí que nas situações consideradas extremas – *sc.*, onde os problemas verdadeiramente ganham relevo – os autores apontem invariavelmente um círculo maior ou menor de constelações em que se reconhece ao médico a legitimidade para ultrapassar, sem mais, o veto do representante legal”: *ibidem*. V. também o mesmo paralelismo que fazemos no texto em CZERNER, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung” (1.ª parte), 380 – aí, o paralelismo com os casos das Testemunhas de Jeová é utilizado para mostrar que não se trata de invocar o perigo para o bem da criança só por estarem em causa diferentes concepções religiosas, mas sim o inverso: é por estar em causa um perigo para o bem da criança que as tradições religiosas envolvidas devem ser questionadas. Tendo tudo isto em conta, estamos em completo desacordo com quem pretende explicar a legitimidade dos pais para realizarem a circuncisão religiosa nos filhos com base na ideia de que eles estão, de facto, a exercer a liberdade religiosa no lugar dos filhos e renunciar, também no lugar destes, à protecção ao direito à integridade física: Werner BEULKE/Annika DIEßNER, « „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit“ – Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt », *ZIS*, 7 (5), 2012 (338-346), 344-345. Esta posição tem permanecido isolada.

<sup>(226)</sup> Repare-se, aliás, que o autor vai ao ponto de equiparar efeitos curativos e efeitos meramente preventivos, interessando apenas, em última análise, que esses efeitos sejam positivos, seja de que modo for, para a criança.

partida: ela implica uma inversão do sentido fundamental que deve orientar este regime.

Com efeito, em vez de a primeira preocupação ser a de garantir a prossecução do bem-estar da criança, procura-se antes assegurar um espaço de liberdade aos pais, para poderem decidir em função dos motivos que, arbitrariamente, elegerem como atendíveis. Isto resulta em que aos pais será permitido sujeitarem a criança a uma mutilação irreversível de um órgão saudável, sem justificação terapêutica e apenas com o frágil fundamento da obtenção de reduzidas e remotas (para não acrescentar incertas) vantagens preventivas – vantagens que, de todo o modo, a existirem, sempre poderiam ser obtidas com o adiamento da operação para uma idade em que o visado pudesse consentir; e que, enfim, podem até nem ter sido tidas em conta pelos representantes legais.

O instituto da representação legal, porém, não serve a finalidade de passar a considerar a liberdade pessoal do próprio representante como o bem que se visa proteger. Nem, muito menos, serve o propósito de conferir aos pais um direito de decidirem arbitrariamente (i. e., sem haver indicação médica) lesar a integridade física do menor <sup>(227)</sup>. Pelo contrário, tratando-se de uma afectação corporal grave, irreversível e não medicamente indicada, resulta ainda mais premente o dever que os pais têm de garantir que a criança terá um dia condições para decidir por si mesma se se quer sujeitar a tal intervenção. E o único modo de o fazer é a opção por não sujeitarem o filho a esta operação, salvo quando ela seja medicamente indicada. Só assim se estará a proteger a sua integridade física e a sua liberdade.

Diga-se ainda que mesmo que ignorássemos este incorrecto entendimento da lógica material que deve reger o consentimento dado por representante – incorrectão que, como acabámos de referir, vicia a ponderação que depois se há-de levar a cabo –, e para além dos outros argumentos, a solução de FATEH-MOGHADAM sempre teria resultados práticos dificilmente explicáveis. Vejamos.

O artigo 38.º, n.º 4, dispõe que “se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa”. Não existem disposições semelhantes referidas às outras causas de exclusão da ilicitude. A doutrina vem entendendo, porém, que também aquele que age numa situação em que estejam verificados os pressupostos objectivos de outra causa de justificação – verificação, no entanto, desconhecida do agente – só poderá vir a ser punido por tentativa, não pelo crime consumado <sup>(228)</sup>.

---

<sup>(227)</sup> Note-se que continua a ser o bem jurídico integridade física que está fundamentalmente em causa, pois na falta de indicação médica e de finalidade terapêutica (quando a circuncisão é realizada por motivos religiosos), é esse bem que importa considerar em primeiro lugar, antes ainda da liberdade do afectado. É o que se retira das ponderações axiológicas subjacentes à conjugação dos critérios dos artigos 143.º e ss. e 150.º, 156.º e 157.º

<sup>(228)</sup> A ponderação material que subjaz a esta orientação é simples: da constatação de que os pressupostos objectivos da justificação da conduta afastam o desvalor do resultado, mas não o desvalor da acção, retira-se a conclusão de

Tendo isto em conta, ficaria muito difícil explicar a incoerência (pelo menos aparente) que adviria da solução de exclusão da ilicitude (da circuncisão religiosa) com base nas referidas vantagens médico-preventivas. Podemos perceber esta dificuldade com um exemplo.

Tomemos o seguinte caso: um médico engana um seu paciente, convencendo-o de que deve retirar o apêndice. Na verdade, o médico não levou a cabo os exames adequados e está até convicto de que esta operação é desnecessária. No entanto, por ódio a esse paciente, conhecendo o seu medo de cirurgias e tendo noção da ânsia e perturbação que assim lhe causa, diz-lhe que ele sofre de apendicite e que não há outro modo de se curar, correndo mesmo risco de vida em caso de recusa. O paciente é então operado e percebe-se depois que, de facto, padecia de uma apendicite e a operação era mesmo necessária. À partida, o médico deveria ser responsabilizado por mediação do critério legal da punição por crime de ofensa à integridade física, pelo menos, na forma tentada <sup>(229)</sup>.

Ou seja, punir-se-ia por tentativa ou por crime consumado (contra a integridade física) o agente que lesa o corpo de outra pessoa, sem consciência de que essa lesão é necessária para defesa dessa mesma pessoa contra um perigo actual que ameaça um seu bem jurídico.

Já aquele agente que, também sem consciência de quaisquer vantagens médicas para o visado <sup>(230)</sup>, o lesasse corporalmente, conseguindo, com essa lesão, apenas trazer-lhe certas vantagens de cariz preventivo (não curativas, como no exemplo anterior) veria a ilicitude da sua conduta ser

---

que só o critério da punição por tentativa (por contraposição ao da punição pelo crime consumado) se mostra adequado ao problema (v., nestes termos, Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 393-394; Günter STRATENWERTH/Lothar KUHLEN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat*, 6.<sup>a</sup> ed., München: Vahlen, 2011, 154-155). Discute-se, porém, se isto valerá para todas as outras causas de justificação ou apenas para algumas: cfr., por exemplo (além dos autores acabados de citar), José António VELOSO, *Erro em Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL, 1999, 29-30; Rui PEREIRA, “Justificação do Facto e Erro em Direito Penal”, in *Casos e Materiais de Direito Material*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2004 (139-157), 150-151. O que nos importa salientar, de todo o modo, é que as alternativas em discussão são as de punir por crime consumado e punir por tentativa. Não a de não punir [v., no entanto, Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal – Parte Geral I – A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, reimpr., da 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2010, 189-191: “...a ilicitude objectiva (...) é o «mal», o «mal» objectivo (...). A demarcação do mal do crime é naturalmente objectiva. E sendo assim, não entram na substância das causas de justificação elementos subjectivos.”].

<sup>(229)</sup> Não é importante averiguar aqui se se trataria de uma ofensa à integridade física grave ou simples (ou até de um crime contra a liberdade do paciente, na forma tentada), nem os termos em que funcionaria a remissão da parte final do artigo 38.º, n.º 4 (sobre esta última questão, v. Costa ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, 527 e ss.). Seria também interessante discutir, noutro âmbito, em que medida estão reunidas condições objectivas para considerar justificada a conduta ou se se tratará antes de condições para a considerar atípica (sendo aqui importante, se bem que não decisivo, saber se a protecção do interesse material em causa tem um sentido coincidente com a vontade do paciente). Abster-nos-emos igualmente, porém, dessa discussão, pois ela também não afecta o ponto que é materialmente essencial para a punibilidade da tentativa e que nos importa aqui ter em conta: a existência do desvalor da acção da conduta do médico.

Se se entender, porém, que estas questões prejudiciais complicam demasiado a questão, a comparação que pretendemos também funciona se se recorrer a qualquer outro exemplo de uma lesão corporal (apenas) objectivamente justificada – mesmo quando não se trate de uma cirurgia nem da existência de indicação médica. Pelo que bastará trocar o nosso exemplo por qualquer outro que se queira imaginar e que reúna essas condições.

<sup>(230)</sup> Preocupamo-nos, como se percebe, com a circuncisão realizada por motivos religiosos, em que não será de estranhar que os agentes não tenham presentes vantagens médicas.

excluída. Cremos que não é explicável esta diferença de soluções.

Antes de encerrarmos os nossos desenvolvimentos sobre a possibilidade de o consentimento dos pais justificar a lesão sofrida pelo seu filho, queremos ainda tecer algumas considerações.

Parece-nos ser este um dos pontos em que mais claramente está denunciada a inversão geral, por parte dos defensores da impunibilidade da circuncisão religiosa, daquela que é a perspectiva correcta do problema. Uma vez que se constata (e ninguém o nega) uma lesão (pelo menos não insignificante) irreversível do corpo da criança, a preocupação desses autores deveria ser a de tentar explicar como pode ela deixar de ser penalmente típica e ilícita. Isto porque já essa lesão indicia a adequação problemática do critério jurídico-penal da punição da ofensa à integridade física.

Em vez disso, no entanto, optam frequentemente por adoptar uma linha de argumentação que denuncia o ponto de partida oposto: o de que, em princípio, os pais têm, de facto, a liberdade de sujeitar os filhos à circuncisão por motivos religiosos <sup>(231)</sup>. Esta posição de FATEH-MOGHADAM é um exemplo claro disso mesmo.

Essa inversão, segundo nos parece, tem na sua base a falácia naturalística: é fácil (e, podemos concedê-lo, intuitivo) considerar que uma prática realizada há muito tempo sem ser discutida deve ser válida. Não é de admirar, por isso, a estranheza com que se acolhe as posições de quem pretende questionar essa mesma validade.

A generalidade dos juristas que intervêm na discussão para defender a impunibilidade da circuncisão religiosa, porém, não tem buscado sustentar a sua argumentação apenas com base em argumentos como a frequência e a disseminação da prática (que já sabemos, de resto, estarem condenados ao insucesso). Têm procurado também, como referimos anteriormente, explicar essa orientação com base em direitos dos pais, que, alegadamente, lhes permitiriam levar a cabo esta conduta.

O próprio FATEH-MOGHADAM, aliás, pode ser inserido nesse grupo – pois é dos direitos constitucionalmente atribuídos aos pais que parte para defender a necessidade da atribuição a esses pais de um espaço de liberdade de decisão nesta matéria.

Devemos concentrar-nos agora, então, na questão de saber se os direitos constitucionalmente atribuídos aos pais explicam, de facto, a licitude da circuncisão religiosa.

---

<sup>(231)</sup> Em sentido próximo ao do texto, PUTZKE, referindo-se às tendências para negligenciar os dados médicos (que infirmam a bondade da circuncisão) e para reduzir a ponderação do bem da criança à consideração das vantagens advindas da integração na respectiva comunidade, conclui que elas dão razão à suspeita de que os defensores da impunibilidade da circuncisão (relativamente aos quais aquelas tendências possam ser afirmadas) parecem muitas vezes movidos pelo propósito de legitimar incondicionalmente a circuncisão religiosa, em vez de procurarem uma solução capaz de compatibilizar os direitos fundamentais em causa: v. “Recht und Ritual”, 623.

### 7.3. Os direitos dos pais como causa de justificação da circuncisão religiosa?

#### 7.3.1. Circuncisão religiosa e liberdade religiosa – o problema circular

Entre os direitos constitucionalmente atribuídos – ou seja, entre os direitos fundamentais <sup>(232)</sup> – invocados pelo referido grupo de autores, aquele que é mais frequentemente trazido à discussão é a liberdade religiosa. Ela está inserida no grupo dos direitos, liberdades e garantias – mais concretamente, no artigo 41.º da CRP <sup>(233)</sup>.

Em que medida poderá este direito fundamental – ou, aliás, qualquer outro – explicar a impunibilidade da circuncisão religiosa?

Parece fácil uma resposta rápida: se uma pessoa tem o direito de fazer algo, não pode, ao fazê-lo, estar a cometer um crime. Esta é a lógica que subjaz a muitas contribuições para o debate sobre a admissibilidade da circuncisão religiosa – nomeadamente, as de quem defende a impunibilidade: sendo constitucionalmente garantidos aos agentes certos direitos que lhes permitem realizar esta conduta, não podem ser punidos por praticá-la.

O artigo 31.º, n.º 2, al. b), do CP parece confirmar, aliás, a correcção material da lógica deste raciocínio, pois diz-se aí que “não é ilícito o facto praticado no exercício de um direito”. E a correcção material do seu conteúdo poderia ser confirmada pela leitura do artigo 41.º, n.º 1, da CRP, pois este dispõe que “a liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável”. Esta proibição de violações comportaria, naturalmente, a interdição da aplicação de uma sanção penal por um facto praticado no exercício deste direito fundamental <sup>(234)</sup>.

---

<sup>(232)</sup> A atribuição constitucional refere-se tanto à Constituição material como à Constituição formal: v. Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV (*Direitos Fundamentais*), 5.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012, 9 e ss.

<sup>(233)</sup> Para uma perspectiva sintética da liberdade religiosa em todo o período da nacionalidade, v. Paulo Pulido ADRAÇÃO, *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002, 279 e ss. Sobre a liberdade religiosa como direito fundamental, na perspectiva da nossa Constituição, v. Jónatas MACHADO, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 183 e ss.; Paulo Pulido ADRAÇÃO, *op. cit.*, 364 e ss.

<sup>(234)</sup> Assim, por exemplo, na perspectiva da liberdade de consciência, Silva DIAS começa por salientar que os limites a esta liberdade “não resultam da lei penal, mas tão só da Constituição” (v., deste autor, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, s. d., 69), para, mais à frente, concluir que tem de estar excluída a ilicitude de quem actua no âmbito de protecção do artigo 41.º e, portanto, de acordo com o Direito (v. *idem*, 76 e ss.). Também ROXIN entende que a inviolabilidade da liberdade de consciência (consagrada no artigo 4.º da Constituição Alemã) conduz à impunibilidade do facto que constitua ainda exercício da mesma. Só que este autor, ao contrário de Silva DIAS, entende que isso não poderá acontecer por exclusão da ilicitude, mas sim pelo afastamento da responsabilidade (categoria posterior à da culpa que, como se sabe, ROXIN introduz no sistema com o propósito de pensar o critério da inexigibilidade na perspectiva de exigências preventivas): v. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1013-1017.

Tudo se resumiria a saber, segundo parece, se a hermenêutica das disposições normativas permite efectivamente concluir que a “liberdade de consciência, de religião e de culto” abrange a possibilidade de realizar a circuncisão religiosa <sup>(235)</sup> <sup>(236)</sup>.

Já aqui, porém, deparamos com uma dificuldade: pois o artigo 6.º, n.º 2, da Lei da Liberdade Religiosa <sup>(237)</sup> dispõe que “a liberdade de consciência, de religião e de culto não autoriza a prática de crimes”. Pelo que, afinal, não caberia verificar se a conduta é abrangida ou não por este direito, para perceber há um ilícito penal, mas sim, inversamente, verificar se há um ilícito penal, para poder perceber se a conduta é abrangida por aquele direito.

Esta última orientação parece até confirmar-se se aceitarmos que um comportamento que constitua um ilícito penal material, não obstante poder apresentar-se, à primeira vista, como exercício de um direito fundamental, nunca poderá, na verdade, ser abrangido por este <sup>(238)</sup>. Deste modo, para resolver o nosso problema, teríamos de aferir se a circuncisão religiosa reúne ou não as condições para se poder dizer que realiza um ilícito penal material. Em caso de resposta positiva, não poderíamos estar perante o exercício de um direito fundamental.

Olhando de fora esta contraposição de perspectivas, parece-nos que elas se encurralam num círculo que se contorce: de um lado, acredita-se que devemos delimitar o conteúdo do direito fundamental e só depois, em função dessa delimitação, verificar a existência de um ilícito material no(s) caso(s) concreto(s); do outro lado, trilha-se o sentido inverso: primeiro, há que verificar a existência de um ilícito material e só então, em função dessa verificação primária, se poderá perceber se o dito direito fundamental abrange a conduta examinada.

Como dois insectos que caminham em sentido inverso e em superfícies opostas da Banda de

---

<sup>(235)</sup> Precisamente a um trabalho de delimitação do âmbito de abrangência da liberdade de consciência, de uma perspectiva jurídico-penal, se dedicam Silva DIAS, *ibidem*, 70 e ss. e ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1013-1017.

<sup>(236)</sup> No que respeita à liberdade de consciência e liberdade de religião, trata-se de direitos distintos [v., neste sentido, por exemplo, José LAMEGO, “*Sociedade Aberta*” e *Liberdade de Consciência – O Direito Fundamental de Liberdade de Consciência*, Lisboa: AAFDL, 1985, 47 e ss.; Pulido ADRAÇÃO, *op. cit.*, 263 e 510; J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, anotação ao art. 41.º, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º vol., 4.ª ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (607-617), 609]. A liberdade religiosa representa, porém, uma dimensão possível da liberdade de consciência; não a esgota mas ainda se lhe reconduz, tendo nela um “ponto de apoio básico” [v. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *ibidem*; Jónatas MACHADO, *Liberdade Religiosa*, 193 e ss. (a expressão citada é retirada desta última obra); no sentido de que a liberdade de consciência “vem depois” da liberdade religiosa, Pulido ADRAÇÃO, *op. cit.*, 510]. Torna-se assim possível referir a liberdade de consciência à liberdade de religião: esta representa uma concretização daquela, embora seja também possível referir a liberdade de consciência a outras expressões individuais de autodeterminação que não a da liberdade religiosa. Pense-se, por exemplo, nos casos de invocação de objecção de consciência em que não está em causa nenhum mandamento religioso.

<sup>(237)</sup> Lei n.º 16/2001, de 22/06 (a última alteração foi feita pela Lei n.º 66-B/2012, de 31/12).

<sup>(238)</sup> Cfr. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, 427 e Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 660.



Möbius <sup>(239)</sup>, cada uma daquelas perspectivas trilha o seu caminho, ignorando o caminho da outra perspectiva; não percebendo, por isso mesmo, que, de facto, ambas percorrem o mesmo trajecto, mas em sentidos opostos <sup>(240)</sup>.

Perceberemos a circularidade em que, aparentemente, estamos encurralados se pensarmos que, por um lado, quando queremos ajuizar da ilicitude material de uma conduta, dificilmente poderemos deixar de atender aos aprofundamentos dogmático-normativos (trazidos, nomeadamente, pela doutrina) sobre o conteúdo intencional das normas de direitos fundamentais; por outro lado, no entanto, nunca a consideração de tais aprofundamentos pode traduzir-se numa projecção prática-concretizadora dos direitos fundamentais com total indiferença pelos interesses materiais alheios a que também se atende naquele ajuizamento.

Veja-se, aliás, que já Reis NOVAIS – que parte expressamente da ideia de que um ilícito material penal não pode considerar-se exercício de um direito fundamental – parece perceber isto mesmo, já que pretende limitar uma exclusão *a priori* do âmbito de protecção de um direito fundamental às condutas que “mesmo que não sejam objecto de sanção penal, apresentem evidente e intolerável danosidade social e sejam radicalmente incompatíveis com os requisitos mínimos de vida em comunidade e por esse facto (...) suscitem uma reprovação social e jurídica consensuais” <sup>(241)</sup>. Com isto, pretende frisar que não se trata de excluir liminarmente do âmbito de protecção da norma do direito fundamental toda a conduta penalmente típica, mas apenas aquela que possa ser configurada como um “ilícito penal qualificado” <sup>(242)</sup>.

É neste ponto que Reis NOVAIS se aparta de Figueiredo DIAS, dado que este último considera que o preenchimento de um tipo de ilícito constitui sempre um limite imanente ao direito funda-

---

<sup>(239)</sup> Temos em mente a conhecida gravura de M. C. ESCHER (“Möbius Strip II”), que pode ser vista, em versão animada, em <http://www.youtube.com/watch?v=pGy-WxLaKl8>.

<sup>(240)</sup> Aplica-se, na perfeição, o que dizia LACAN no seu famoso trecho sobre a gravura (ainda que muito dificilmente, na verdade, pudesse estar a pensar no trabalho de ESCHER, já que este trecho data do início de 1963, exactamente o ano daquele trabalho): “L’insecte qui se promène à la surface de la bande de Möbius (...) peut croire à tout instant qu’il y a une face qu’il n’a pas explorée, celle qui est toujours à l’envers de celle sur laquelle il se promène. Il peut croire à cet envers, alors qu’il n’y en a pas” [Jacques LACAN, *Le Séminaire – Livre X (L’Angoisse)*, Paris: Seuil, 2004, 161]. Cada uma das orientações parece pretender trilhar um caminho diferente da outra, sem perceber que, de facto, o caminho é o mesmo. Se elas não se encontram, é porque o círculo problemático está torcido (a Banda de Möbius é, com efeito, um círculo em que a circunferência se torce, criando a verdade aparente de haver duas superfícies), pelo que nos resta denunciar a circularidade imanente a estes tratamentos da questão (desfazendo o nó que as impede de reconhecerem a unidade do caminho que trilharam) para podermos avançar na sua resolução.

<sup>(241)</sup> V. Reis NOVAIS, como na nota 238. Vem isto na sequência da preocupação do autor de reduzir ao mínimo a fixação *a priori* das limitações a direitos fundamentais (embora não deixando de considerar necessária essa delimitação *a priori*, recusando assim a concepção “radicalmente ampliativa” das normas de direitos fundamentais de ALEXY – adoptando, por isso, neste ponto, segundo palavras do próprio, uma “concepção restritiva mitigada”, por contraposição à concepção restritiva de Friedrich MÜLLER: v. Reis NOVAIS, *op. cit.*, 396 e ss., 408 e ss. e 420 e ss.

<sup>(242)</sup> V. *idem.*, 427-428.

mental <sup>(243)</sup>. Já Reis NOVAIS, por sua vez, pretendendo que a delimitação *a priori* só pode ser feita nos termos referidos no parágrafo anterior, vem a entender que a mera proibição pela lei penal não determina, por si só, a exclusão do âmbito do direito fundamental. Com efeito, fora daquele grupo de casos em que a exclusão *a priori* é possível, a referência problematicamente (in)validante à norma de direito fundamental pode mesmo ser decisiva para determinar a inconstitucionalidade da proibição típica de um dado comportamento <sup>(244)</sup> <sup>(245)</sup>.

No fundo, Reis NOVAIS defende que o afastamento da abrangência protectora de uma norma de direito fundamental só poderá dar-se nos casos evidentes – aqueles em que sob nenhuma perspectiva poderá o agente valer-se de um qualquer direito <sup>(246)</sup>. Dir-se-á que isto, porém, só complica a questão: parece que a delimitação *a priori* só deverá ser feita quando não for necessária, i. e., nos

---

<sup>(243)</sup> V. Figueiredo DIAS, como na nota 238. O autor refere-se concretamente à liberdade de consciência.

<sup>(244)</sup> V. Reis NOVAIS, como na nota 194. Parece-nos aqui muito semelhante a posição de Jónatas MACHADO: v. *Liberdade Religiosa*, 281<sup>924</sup>.

<sup>(245)</sup> A divergência entre estes autores ganha contornos mais claros atendendo a Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 429<sup>755</sup> e a Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 660-661. Lembra aí Figueiredo DIAS que uma criminalização só será legítima na base de uma (mútua) referência entre o bem jurídico-penal e o ordenamento axiológico jurídico-constitucional, estando sempre em causa, em última análise, a “livre realização da pessoa”; e por isso a realização de um (constitucionalmente legitimado) ilícito-típico penal não poderia beneficiar da protecção de uma norma de direito fundamental. Já Reis NOVAIS duvida da univocidade e da linearidade daquela mútua referência, tendo em conta a mutabilidade das concepções sobre o que é crime (ou criminalizável).

Sobre esta divergência deixaremos apenas as seguintes notas. Por um lado, cabe um pouco de razão a ambas as posições. Por outro, ambas nos merecem apontamento crítico. Figueiredo DIAS está apenas a ser coerente com os pressupostos do seu pensamento (certeiraamente qualificados como “optimistas” por Reis NOVAIS): de facto, a legitimidade da criminalização, a existir, implica que estão verificadas certas exigências materiais que tornam muito difícil, senão impossível, falar em exercício de um direito fundamental, por parte de quem realiza esse ilícito. Parece-nos que os processos de criminalização e descriminalização, nessa medida, acompanham, mais ou menos de perto, os avanços normativos que se vão obtendo no aprofundamento da intencionalidade fundamental da consciência jurídica geral, sem contar com o facto de o catálogo de direitos fundamentais, como se sabe, ser aberto (artigo 16.º, n.º 1 da CRP) – o que prenuncia uma natural mutação evolutiva da própria protecção constitucional de direitos, possibilitando (ou até impondo) uma necessária e acompanhante mutabilidade dos próprios juízos de dignidade penal – e sendo ainda pertinente lembrar que alguns processos de criminalização ou descriminalização dever-se-ão mais a um juízo de necessidade do que a um de dignidade penal – casos em que eles não serão mostra da instabilidade axiológica que nos parece temer Reis NOVAIS. Por outro lado, a verdade é que Figueiredo DIAS parece esquecer que os seus pressupostos – nomeadamente, o da “legitimidade” da criminalização (para usar um termo do próprio) – não estão automaticamente garantidos, nem devem ser tomados como tal. Pelo contrário: essa legitimidade há-de ser objecto de verificação; e nesta verificação será essencial atender, entre outros, aos parâmetros axiológicos retirados das normas de direitos fundamentais. Pelo que Reis NOVAIS não deixa também de ter razão quando, no fundo, lembra o papel de instância crítica que essas normas hão-de ter na fiscalização da constitucionalidade da criminalização.

Dito tudo isto, cremos que há uma saída deste círculo e que o pensamento de Reis NOVAIS a oferece, conforme procuraremos explicar a seguir no texto; saída que não pode oferecer Figueiredo DIAS, na medida em que a sua posição está viciada por um pressuposto que a torna impraticável (a filiação na teoria dos limites imanentes) e que também se clarificará a seguir.

<sup>(246)</sup> Perguntamo-nos, porém, se esse grupo de casos não será ainda menor do que o imaginado pelo autor. Com efeito, aceitamos que nenhuma perspectiva permita invocar a protecção de um direito (fundamental ou não) quando se trate, por exemplo, de ajuizar da ilicitude de um acto típico de violação; mas já matar, por exemplo, pode ser feito em legítima defesa, desde que isso apareça como consequência do meio necessário para a defesa. Independentemente de qual seja o fundamento da justificação por legítima defesa, a verdade é que o seu efeito excludente da ilicitude só poderá funcionar em face de pressupostos que actualizarão sempre a necessidade de proteger um direito do defendente.

casos evidentes. Nos restantes casos, porém, se a norma de direito fundamental há-de funcionar como referência valorativa na verificação da legitimidade da criminalização, não seria então necessária uma prévia determinação do âmbito de protecção dessa norma? Dir-se-ia até que é precisamente nesses casos que essa necessidade intervém, não nos de solução dita “evidente”.

Cremos que o pensamento de Reis NOVAIS, bem explorado – i.e., uma vez trazido à luz o desenvolvimento de certos pressupostos que há que ter em conta –, permite uma saída para este dilema. Antes de avançarmos para essa saída, porém, acrescentemos mais alguns dados que, parecendo aumentar a complexidade das questões com que nos debatemos, revelar-se-ão, na verdade, importantes para a sua solução.

Em boa verdade, muito dificilmente a simples invocação dos direitos fundamentais dos pais face aos filhos poderia trazer uma solução ao problema da ilicitude da circuncisão religiosa. É que sempre se imporia uma ponderação que levasse em linha de conta os direitos fundamentais dos próprios filhos. Note-se que mesmo uma delimitação do conteúdo dos direitos dos pais – a admitir-se que esse deva ser o primeiro passo a dar – não poderá prescindir da consideração dos direitos de terceiros <sup>(247)</sup>; a não ser que se efectuasse uma delimitação tão restritiva que permitisse dispensar esse exame, provocando assim, contudo, a perda do suposto interesse operativo dessa delimitação.

Em primeira linha, está em causa o direito fundamental do filho à integridade física – também ele, aliás, previsto na Constituição como “inviolável”: artigo 25.º, n.º 1. Eventualmente, poderá também invocar-se a liberdade religiosa do próprio menor <sup>(248)</sup>.

Parece então que a invocação de direitos como a liberdade religiosa dos pais só servirá os propósitos dos defensores da impunibilidade da circuncisão (i. e., fundamentar a exclusão da ilicitude) depois de uma ponderação que os confronte com os direitos do filho. Este tem sido, de facto, o caminho trilhado por uma boa parte dos juristas que se tem debruçado sobre o nosso problema <sup>(249)</sup>.

---

<sup>(247)</sup> Um bom exemplo se pode ver logo em ROXIN, quando este entende que a legitimidade conferida pelo exercício do direito fundamental da liberdade de consciência deve ser admitida aí onde os direitos fundamentais dos outros não sejam afectados, ou só o sejam de um modo “periférico”, tratando-se de uma ofensa leve e passageira: v. ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1012-1013.

<sup>(248)</sup> Ela tem sido invocada na sua componente negativa. Foi o que fez o Tribunal de Colónia na sua decisão. Neste sentido também, entre outros, Frank CZERNER, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit?” (2.ª parte), *ZKJ*, 11, 2012 (433-436), 434. Esta invocação já foi, porém, bastante criticada e cremos que com razão. Pois a circuncisão não impede, de modo nenhum, o circuncidado de abandonar a religião em causa e optar por professar uma outra. Além de que sendo feita pelos mais variados motivos nos mais diversos contextos, não consubstancia uma marca com o significado único de pertença a uma determinada religião. V., neste sentido, entre outros, BIELEFELDT, “Menschenrecht, kein Sonderrecht”, 76; GERMANN, “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 90-91.

<sup>(249)</sup> Na maior parte das vezes em que o fazem, acabam por concluir pela ilicitude da conduta. São bem elucidativas, aliás, as passagens de FATEH-MOGHADAM em que este autor admite logo que, postas as coisas nos termos de uma confrontação entre a liberdade religiosa e poder de educar dos pais, por um lado, e o bem-estar da criança, por outro,

Só que deparamos aqui com outra ordem de questões. Causa estranheza, logo à partida, esta batalha entre os direitos fundamentais dos pais, de um lado, e os dos filhos, do outro. Pois os direitos fundamentais foram pensados como direitos contra o Estado, não contra particulares. Ao entrarmos numa ponderação de confronto entre direitos fundamentais da criança e direitos fundamentais dos pais, com o propósito de descobrir quais prevalecem, não estamos a utilizar, para protecção da liberdade individual contra ameaças de privados, instrumentos criados para defender essa liberdade contra a maioria democrática? <sup>(250)</sup>

É verdade que o artigo 18.º, n.º 1, da CRP dispõe que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades (...) privadas.” Só que a configuração dos direitos, liberdades e garantias como direitos contra o Estado, bem como o seu regime, próprio dessa configuração, impõem a conclusão de que as teses de uma aplicabilidade directa das normas de direitos fundamentais às relações entre privados são insustentáveis <sup>(251)</sup>. Pelo que restam apenas, para dar sentido à referida vinculação das entidades privadas à protecção dos direitos fundamentais, duas teses possíveis: a tese da eficácia mediata e a dos deveres de protecção.

Ambas as teses concordam que o papel de protecção dos direitos fundamentais deve caber, primordialmente, ao legislador e ao julgador, já que é o Estado o destinatário por excelência dos direitos fundamentais. A divergência entre elas manifesta-se na situação em que o julgador chega à conclusão de que a intencionalidade problemática de um caso concreto reclama a protecção de um direito fundamental (ou de um bem protegido por esse direito) posto em causa, mas não há nenhuma norma legal prescrita por meio da qual seja possível obter tal solução.

Na falta de uma disposição normativa que permitisse fundamentar (em termos de legalidade) a decisão do caso que servisse a protecção do direito fundamental, a tese da eficácia mediata afirma que o juiz não pode fazer nada – i. e., não tem remédio senão esperar por uma intervenção legislativa e deixar, por ora, o direito fundamental desprotegido. Já a tese dos deveres de protecção, apoiada no

---

este teria de prevalecer: “Criminalizing Male Circumcision?”, 1135; “Strafrecht und Religion im liberalen Rechtsstaat”, 148 (ambas as passagens se inserem numa crítica à decisão do LG de Colónia). Sobre o modo como este autor procura escapar a essa confrontação – negando que ocorra, nos casos de circuncisão, uma violação do bem-estar da criança – já nos pronunciámos antes.

<sup>(250)</sup> V. Reis NOVAIS, “Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares”, in *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (69-116), 83 e ss.

<sup>(251)</sup> O problema aqui em causa é geralmente conhecido como a questão da *Drittwirkung*, por ter tido origem na Alemanha (mais concretamente, na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de Hans Carl NIPPERDEY). Podemos também chamar-lhe o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. As teses da eficácia directa, rejeitadas no texto, afirmam, no fundo, a possibilidade de os direitos fundamentais poderem também ser pensados como direitos subjectivos contra particulares. Para a sua refutação, v. Reis NOVAIS, *op. cit.*, 89 e ss.

efeito irradiante dos direitos fundamentais (considerados na sua dimensão objectiva) <sup>(252)</sup>, considera que o juiz deverá tomar aquela decisão materialmente adequada, mesmo na falta de norma positiva.

Tendo em conta o que já dissemos relativamente ao entendimento que adoptamos sobre o processo de realização do direito, não é difícil adivinhar que a nossa preferência tem de ir para a tese dos deveres de protecção.

A tese da eficácia mediata só pode ser apoiada, segundo cremos, por quem identifique o Direito com o sistema das normas positivas – ou para quem veja nessas normas, pelo menos, um imprescindível elemento de recurso para a decisão de casos. Só nesse pressuposto tem sentido afirmar que o juiz deve esperar que a intervenção do legislador lhe coloque à disposição um adequado critério positivo de decisão. Não aceitamos, porém, tal ponto de partida.

Se a solução justa a dar ao caso não pode ser obtida por mediação de um critério jurídico positivado; se, portanto, não é possível a assimilação por um dos critérios disponíveis, nem sequer por correcção – uma assimilação que permitisse, nomeadamente, chegar à solução adequada à intencionalidade problemática do caso concreto e concretizadora do sentido fundamental das intenções axiológicas questionadas –, o juiz deverá procurar chegar à solução justa através de uma autónoma constituição normativa <sup>(253)</sup>.

Esta constatação é válida em geral. A especial posição dos direitos fundamentais no sistema de valores normativo contribui, porém, para reforçar a sua correcção no âmbito que nos ocupa. E a perspectiva da dimensão objectiva desses direitos fornece uma explicação bastante credível para a invocação dos mesmos – pois não se trata aqui de opor à criança, por exemplo, a liberdade religiosa como direito subjectivo dos pais (direito que teria então a criança como destinatário); trata-se, sim, de perceber que direitos fundamentais como a liberdade de consciência têm um conteúdo objectivo, do qual decorrem para o Estado deveres de protecção. Deveres que, assim, não podem deixar de recair sobre o poder judicial <sup>(254)</sup>.

---

<sup>(252)</sup> V. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 59 e ss. e, em especial, 80 e ss.

<sup>(253)</sup> Sobre os termos de tal procedimento, v. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 205 e ss. e 237 e ss.

<sup>(254)</sup> Note-se que a tese dos deveres de protecção, em rigor, sustenta que estes deveres só se actualizam em relação ao juiz em caso de omissão de lei “aplicável”. Ora, uma vez que entendemos que a decisão do caso concreto é *sempre* normativamente constitutiva, a ponderação que conduz à decisão do julgador estará sempre condicionada pela necessidade de observação desses deveres de protecção – não apenas, portanto, no caso em que nenhum dos critérios normativos positivados se mostre concretamente adequado. Só isso explica, por exemplo, a possibilidade (ou o dever), que recai sobre qualquer juiz, de fiscalização da constitucionalidade do critério positivado – fiscalização feita também (ou sobretudo) por referência às normas de direitos fundamentais. Dito isto, é claro que a vinculação do julgador será diferente numa situação e noutra. Pois quando não se mostre adequado nenhum critério de decisão positivado terá o próprio julgador de proceder à constituição desse critério de decisão – observando, naturalmente, uma racionalidade argumentativa que permita a fundamentação desse procedimento em termos de validade (além de possibilitar o exame da própria fundamentação, desde logo, por uma instância superior). Já no caso em que um critério positivo se mostre hipotética-

Isto serve-nos para confirmar o acerto da realização, no âmbito do nosso tipo de problema, de uma ponderação dos direitos fundamentais afectados. Mas não sabemos ainda em que termos se deverá levar a cabo essa ponderação. Chegamos ao círculo em que tínhamos estacado há pouco. Deveremos começar por delimitar o conteúdo dos direitos fundamentais em causa, de modo a saber se, efectivamente, uma condenação dos agentes implicará necessariamente uma violação inadmissível desses direitos? Ou deveremos antes averiguar a ilicitude material da conduta e, a partir das conclusões que conseguirmos obter através dessa averiguação, perceber se ela pode ou não considerar-se ainda exercício de um ou mais direitos fundamentais?

Ambas as questões parecem trair um fechamento que impede cada uma das perspectivas de reconhecer a intuição correcta trazida pela outra <sup>(255)</sup>. A verdade é que o juízo de ilicitude material terá de ter em conta o que é constitucionalmente garantido com a atribuição ao agente dos direitos que ele invoca; por seu lado, uma delimitação do conteúdo desses direitos nunca poderá deixar de considerar as intenções axiológicas cuja negação, hipoteticamente problematizada, explica a positivação dos critérios penais de ilicitude típica.

### **7.3.2. A saída do círculo – crítica do recurso à tese dos limites imanes e posição adoptada: a necessidade de uma ponderação adequada**

Cremos que há uma saída deste círculo vicioso – uma que permite explicar coerentemente aquela necessária concatenação de perspectivas. Para lá chegarmos, comecemos por tentar perceber a falha que está na base da inadequação das posições até agora adoptadas para lidar com o problema.

Tomemos como exemplo a posição de Figueiredo Dias. Diz este autor que nunca uma condu-

---

mente aplicável e, para além disso, problematicamente adequado – como, até agora, parece acontecer com o critério do artigo 143.º, n.º 1, em relação ao grupo de casos que nos ocupa –, ele tem de ser reconhecido como vinculante e, portanto, a obtenção da solução do caso terá sempre de passar por reassumir, numa perspectiva prático-normativa, esse mesmo critério.

<sup>(255)</sup> Se dizemos isto é também porque, em boa verdade, os autores não dão conta do problema com que agora nos debatemos. Cada um parece escolher uma das perspectivas sem notar que existe a inversa. Desse modo, não chegam a perceber que há uma questão prévia a esclarecer: porque há-de ser correcta a perspectiva que adoptam e não a outra? As únicas posições que parecem ainda dar conta do problema (mesmo que implicitamente), segundo nos parece, são as que defendem uma delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais do agente com base nos critérios da interferência nos direitos dos outros e (em menor medida) da afectação da ordem pública. É verdade que aí ainda se adopta a perspectiva de que há que proceder a uma delimitação prévia dos direitos fundamentais em causa para se poder afirmar ou negar a ilicitude típica; só que já nessa delimitação se pretende atender aos valores e interesses de cuja protecção se trata na previsão típica de critérios de decisão jurídico-penais. Reconhecendo tal valia, não cremos, porém, que este modelo de delimitação possa explicar adequadamente os termos da ponderação a realizar – podendo, em última análise, se levado a sério, conduzir a juízos errados.

ta que realize um tipo de ilícito poderá ter-se como exercício de um direito fundamental – nomeadamente, da liberdade de consciência <sup>(256)</sup>. Pelo que essa realização, no fundo, há-de constituir um limite imanente a esse direito.

Já sabemos que esta perspectiva é insatisfatória, pois esquece que a consideração da norma de direito fundamental é importante na ponderação questionadora das intenções axiológicas que fundamentam o critério jurídico-normativo – podendo mesmo, em última análise, impor a afirmação da inconstitucionalidade da norma penal. Pelo que essa ponderação parece já pressupor, afinal, uma delimitação prévia do conteúdo da norma de direito fundamental. O que queremos perceber agora é onde aparece o erro que vicia este raciocínio.

Formulemos o problema: ocorrendo uma criminalização e questionando-se a conformidade à Constituição da respectiva norma, como averiguar a inconstitucionalidade que possa estar em causa se a criminalização é tomada como revelação de um limite imanente dos direitos fundamentais – por referência aos quais, precisamente, se questiona aquela conformidade? Não se poderia atender ao conteúdo das normas de direitos fundamentais para efectuar a fiscalização, visto que a delimitação desse conteúdo seria feita, precisamente, através de normas como as que pretendem criminalizar certo tipo de conduta <sup>(257)</sup>.

No fim de contas, a questão está, como se percebe, em saber se a dita criminalização constitui, efectivamente, uma concretização dos limites imanentes do direito fundamental em causa, ou se se reconduz antes a uma violação do seu conteúdo. Mais concretamente, a questão é a de saber *o que fazer* para percebermos se está em causa uma ou outra. Porque nem sempre (cremos até que na grande maioria dos casos não será assim) a resposta será evidente ou haverá sobre esta um consenso fundamental. E mesmo havendo esse consenso, aliás, é muito duvidoso que tal dispense um exame de conformidade a um padrão axiológico-intencional – isto na medida em que se aceite a ideia de que os direitos fundamentais são verdadeiros *trunfos contra a maioria*. Esta sua natureza, com efeito, faz deles instrumentos de garantia contra a arbitrariedade dos consensos político-sociais <sup>(258)</sup>.

---

<sup>(256)</sup> V. Figueiredo DIAS, como na nota 238.

<sup>(257)</sup> Não pretendemos que fosse impossível, guiados por estas concepções, chegar a resultados satisfatórios em muitos casos; nomeadamente, quando se visasse certas condutas que, indubitavelmente, constituem exercício de um direito (imagine-se a criminalização da prática da oração a uma certa hora do dia). O que nos interessa, porém, é testá-las em casos difíceis como o da circuncisão religiosa. Nestes casos – em que se trata de saber se a conduta em causa *ainda* constitui exercício de um direito fundamental – é que surge verdadeiramente o problema.

<sup>(258)</sup> Adoptamos aqui a concepção de Reis NOVAIS: v., deste autor, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito* (reed.), Coimbra: Almedina, 2006, 76 e ss. e 210 e ss.; mais desenvolvidamente, *idem*, “Direitos como Trunfos contra a Maioria – Sentido e Alcance da Vocação Contramaioritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, in *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (17-67), *passim*. Note-se que, como explica o autor, esta concepção não é a mais

As dificuldades que vimos identificando decorrem, como se começa a perceber, da teoria interna sobre os limites dos direitos fundamentais; mais concretamente, decorrem da teoria dos limites imanentes, acolhida, implícita ou explicitamente, pela generalidade dos autores que têm problematizado a questão da violação dos direitos fundamentais dos pais e/ou do filho nos casos de circuncisão religiosa. Com efeito, as dificuldades que podemos ver aqui expostas com grande evidência

---

comum ou dominante na doutrina; as perspectivas mais frequentes, com efeito, defendem uma espécie de sinonímia entre Estado de Direito democrático e direitos fundamentais, ou apresentam a protecção desses direitos como condição inescapável para uma garantia adjectiva (procedimental, deliberativa) da democracia (com clara inspiração em HABERMAS). Na concepção que adoptamos, parte-se, pelo contrário, da ideia de que os direitos fundamentais, como trunfos contra o Estado, servem uma função de garantia de um espaço de liberdade contra a maioria democrática, gerando-se assim uma inevitável tensão entre Estado de Direito (limitado, por definição, pela garantia e promoção dos direitos fundamentais) e democracia. Uma tensão que, note-se, é tão inevitável quanto o é a convivência destes dois princípios num Estado que se pretende *democrático e de Direito*: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.<sup>a</sup> reimpr. da 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2003, 97 e ss. (e a bibliografia aí referida). Revela-se curiosa, nesta perspectiva, a leitura de DWORKIN, quando este autor procura conciliar democracia e direitos individuais através da defesa do que chama uma “concepção constitucional de democracia”, de acordo com a qual se pode aceitar todas as decisões da maioria, desde que reunidas certas condições que garantam que todos serão tratados como indivíduos merecedores de igual respeito [v. a Introdução (“The Moral Reading and the Majoritarian Premise”) a Ronald DWORKIN, *Freedom’s Law – The Moral Reading of the American Constitution* (reimpr.), Oxford University Press, 2005 (1-43), 15 e ss.]. Ora, a julgar pelos exemplos dessas condições dados pelo autor (como a garantia da participação de todos os grupos étnicos no processo deliberativo), podemos reconduzir o seu pensamento a uma das concepções adjectivas de democracia que referimos. O que não nos parece contraditório com a chamada, feita pelo autor, dos princípios normativos ao primeiro plano da fundamentação das decisões judiciais (contrapondo, como bem se sabe, um “model of principles” a um “model of rules”) e a consequente defesa de uma racionalidade decisória mais baseada num plano de *validade* do que numa lógica de *eficácia* (e por isso não poderiam bastar os “arguments of policy”, devendo a decisão judicial recorrer aos “arguments of principle”: v., deste autor, por exemplo, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1978, 71 e ss.). E se consideramos curiosa aquela leitura é porque DWORKIN é, afinal, o autor da concepção dos direitos como *trunfos*: v. *idem*, xi: “Individual rights are political trumps held by individuals. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them.” Estranho se torna então, nesta perspectiva, que este autor opte por defender uma concepção adjectivada de democracia.

Os desenvolvimentos que fizemos até agora enquadram-se perfeitamente, segundo cremos, na referida concepção de Reis NOVAIS (não pretendendo com isto, naturalmente, que ela imponha as soluções aqui defendidas). Basta lembrar como há pouco chegámos à conclusão de que a tolerância social da prática da circuncisão religiosa não poderia explicar, por si só, a atipicidade da conduta. E mesmo considerando que, aparentemente, tal colocaria dificuldades insuperáveis ao nível do conceito material de crime, vimos que a posição especial da criança (além da constatação de uma lesão corporal grave e irreversível, da existência de dolo e da afirmação da imputação objectiva) tornava inescapável o juízo de adequação problemática do critério de punição da ofensa à integridade física. Com efeito, tendo em conta a impossibilidade de dizer que a criança participou naquele consenso social, não podemos simplesmente ignorar a afectação grave de um bem jurídico protegido por um direito fundamental tão eminentemente ligado à dignidade da pessoa humana. De facto, é precisamente em relação à posição isolada de um indivíduo (e ainda mais tratando-se de um bebé ou de uma criança, pela impossibilidade de participação na formação do consenso maioritário) que faz sentido a invocação das garantias do Estado de Direito, sobretudo quando a oposição à vontade maioritária gera maior antagonismo (como o que se regista, por exemplo, no debate actual na Alemanha sobre a legitimidade da prática da circuncisão religiosa): “o Estado de Direito, os direitos fundamentais, vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para a fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao indivíduo (...) o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida” (Reis NOVAIS, “Direitos Como Trunfos Contra a Maioria”, 35). Veremos também, por outro lado, que esta concepção básica sobre os direitos fundamentais é a que mais eficazmente permite a verificação da legitimidade de uma afectação negativa do que seja, pelo menos aparentemente, o conteúdo desses direitos.



são aquelas com que a teoria dos limites imanentes se vê em geral confrontada <sup>(259)</sup>.

Pensemos naquela que é, porventura, a doutrina de limites imanentes mais popular: a que pretende encontrar esses limites imanentes nos direitos dos outros <sup>(260)</sup>.

Num caso de circuncisão religiosa, os pais poderiam invocar um dever de omissão estatal, pretendendo assim que o Estado se abstivesse de quaisquer medidas que estorvassem o exercício da sua liberdade religiosa. O filho, por seu lado, poderia apelar à intervenção do Estado, pretendendo, nomeadamente, que este punisse os autores da circuncisão religiosa, já que, através desta, ocorre uma lesão do direito fundamental do filho à integridade física.

Temos, então o seguinte: do lado da criança, afirma-se um limite imanente ao exercício da liberdade religiosa por parte dos pais, limite encontrado na lesão da integridade física da outra pessoa; do lado dos pais, invoca-se um limite imanente à protecção do direito à integridade física da criança, decorrente da perturbação do exercício da liberdade religiosa pelos outros. A teoria dos limites imanentes, na sua lógica, não oferece uma saída deste círculo dilemático.

Note-se que, para nós, a doutrina dos limites imanentes até resolveria, pelo menos em teoria, este problema. Com efeito, as posições de pais e filho que identificámos acabam por traduzir-se, no fundo, no seguinte: independentemente das convicções que os movem ou dos sentimentos de afecto que tenham em relação ao filho, os pais têm a pretensão de poder lesar a integridade física deste sem serem estorvados <sup>(261)</sup>; o filho pretende, por seu lado, que os pais sejam impedidos de o fazerem. A partir do momento em que um lado invoca, no fim de contas, a liberdade de intervir activamente, livre de impedimentos, na esfera de outra pessoa, causando-lhe danos, e o outro lado invoca a liberdade negativa de não ter de sofrer intromissões daquele género na sua esfera, é claro, quanto a nós, o resultado da disputa. A liberdade religiosa dos pais encontra um limite no direito à integridade física do seu filho porque, no fundo, aqueles são agressores e este é agredido. Pelo que é o direito daqueles

---

<sup>(259)</sup> Para uma exposição e crítica da teoria interna dos limites dos direitos fundamentais e das diversas variantes da teoria dos limites imanentes, v. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 309 e ss. e 437 e ss.

<sup>(260)</sup> Para seguir com os autores já citados, é a posição que vem a adoptar Silva DIAS: *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, 71 e 73. O mesmo pode ser dito de ROXIN, que acaba por defender, como referimos, que só pode ser abrangido pela liberdade de consciência aquilo que, no máximo, lese de forma ligeira e passageira os direitos dos outros.

<sup>(261)</sup> Dir-se-á que ao referirmos, nestes termos, a posição dos pais, estamos a desvirtuar o problema – é que nunca os pais têm em mente o propósito de lesar o seu filho, nem é esse, de todo, o sentido que a circuncisão religiosa tem na comunidade respectiva – há mesmo autoridades judaicas, por exemplo, que defendem com ardor que se trata do melhor presente que os pais poderiam dar ao seu filho. Atribuimos relevância a essa perspectiva e cremos mesmo que é fundamental perceber o sentido que tem a circuncisão religiosa na comunidade em causa e o significado que, em concreto, ela assume para os seus agentes. Mas não neste âmbito. Do que aqui se trata é apenas da constatação de que há uma lesão de um direito fundamental. E seja qual for o sentido que a circuncisão religiosa assume na comunidade e independentemente das motivações que guiam os pais, a verdade é que a integridade física da criança é lesada.

que parece encontrar o seu limite imanente: é o exercício activo da liberdade religiosa que não pode estender-se ao ponto de permitir uma interferência séria na esfera de direitos dos outros <sup>(262)</sup>.

Dito isto, temos de recusar, porém, a teoria dos limites imanentes. Desde logo porque a clareza com que se nos impõe o resultado da sua aplicação aos casos de circuncisão religiosa – resultado que acabámos de enunciar – não reúne o consenso dos juristas que vêm debatendo a punibilidade desta conduta. E a teoria dos limites imanentes, a ter utilidade, será sempre apenas a de explicar, de acordo com uma lógica perfeitamente coerente – e, concedamo-lo, à primeira vista, persuasiva –, os limites aos direitos fundamentais *que não são discutidos*. Ou seja, nos casos difíceis, naqueles em que a solução não aparece igualmente evidente aos olhos de todos, essa teoria não nos oferece critérios para fundamentar a posição que nos parece tão clara.

Assim, nos casos em que conflituem direitos fundamentais de pessoas diferentes e cuja solução não seja aceite universalmente, cada um dos lados pode tentar fazer-se valer da sua própria valoração dos interesses em questão, defendendo que está em causa um limite imanente do direito fundamental oposto, e não do seu. Cada um pode, enfim, apontar o outro como agressor e apresentar-se a si mesmo como agredido <sup>(263)</sup>.

Repare-se que os problemas da teoria, de todo o modo, começam antes mesmo de aparecerem casos concretos de confronto entre pretensões opostas baseadas em direitos fundamentais de diferentes pessoas. A teoria dos limites imanentes falha logo em não conseguir oferecer um critério que permita descortinar, com clareza, quando estamos na presença da revelação de um limite imanente de um direito fundamental ou já perante uma violação do seu conteúdo. O que se repercute logo, por exemplo, no momento da fiscalização preventiva da constitucionalidade de uma norma.

No que interessa ao nosso tipo de problema, ela não nos orienta, portanto, na questão de saber se a eventual condenação de uma pessoa pela prática de uma circuncisão religiosa deveria ser considerada uma concretização de um limite imanente à liberdade religiosa ou, pelo contrário, uma violação do seu conteúdo.

A teoria dos limites imanentes conduz ainda a um relaxamento – mesmo que inconsciente – na verificação da legitimidade da afectação negativa das pretensões baseadas em direitos fundamen-

---

<sup>(262)</sup> Para continuarmos com ROXIN, note-se que não se trata de uma lesão leve ou passageira, pelo que não poderá certamente considerar-se “periférica”.

<sup>(263)</sup> A teoria dos limites imanentes enfrenta, portanto, o problema da determinação de quem é agressor e quem é agredido. Mas diga-se também que, em rigor, não tem sempre de prevalecer o direito fundamental do agredido. Qualquer hipótese simples de justificação por direito de necessidade (artigo 34.º do CP) ilustra isso mesmo. Ambos os problemas deverão ser tratados nos termos de uma ponderação valorativa que, porém, é estranha à lógica daquela teoria: v. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 455-456.

tais. Com efeito, uma vez que um limite imanente não constitui uma restrição de um direito fundamental <sup>(264)</sup>, não teria sentido sujeitá-lo aos mecanismos de exame da constitucionalidade pensados para as restrições <sup>(265)</sup>. Cria-se, assim, a perigosa tendência de utilizar a qualificação de uma afectação do conteúdo de um direito fundamental como mera revelação de limites imanentes com o intuito de justificar a dispensa de uma fiscalização da constitucionalidade dessa afectação <sup>(266)</sup>.

Estas dificuldades da teoria dos limites imanentes vêm a reflectir-se nocivamente, segundo cremos, na apreciação do problema jurídico-penal da circuncisão religiosa. Vejamos.

Atendamos à posição de quem avança que um direito de liberdade não pode, por si só – i. e., independentemente de qualquer eventual quadro de legítima defesa, estado de necessidade ou outra causa de justificação – conferir a possibilidade de lesar a integridade física de outrem <sup>(267)</sup>. Já avançamos que esta ideia nos parece essencialmente correcta. Foi com base nisso que considerámos ser esta a solução que resultaria da aplicação da teoria dos limites imanentes ao problema da ilicitude da circuncisão religiosa.

Contudo, referimos logo de seguida que na medida em que tal solução é, de facto, bastante discutida – não sendo para todos evidente que a circuncisão religiosa está já para além dos alegados limites imanentes da liberdade de consciência –, ela não se pode impor por si mesma, carecendo de fundamentação. Os moldes em que essa fundamentação poderá/deverá ser levada a cabo, porém, não nos são oferecidos pela teoria dos limites imanentes.

Admitamos, porém, a hipótese de que é já argumentação suficiente dizer que um direito de liberdade não pode conferir ao seu titular a possibilidade de lesar outrem – porque, no fundo, a liberdade de uma pessoa acaba onde começa a da outra e porque só assim se consegue uma articula-

---

<sup>(264)</sup> Note-se que a teoria em análise defende esta qualificação (“limites imanentes”) em detrimento da outra (“restrições”) de modo, no fundo, a explicar a legitimidade das afectações negativas dos direitos fundamentais levadas a cabo pelos poderes constituídos. É que se o legislador, por exemplo, decidisse restringir um direito fundamental, sem que essa intervenção se baseasse numa permissão expressa na Constituição, então, aparentemente, a norma (restritiva) em causa não poderia deixar de ser inconstitucional, visto que o artigo 18.º, n.º 2, da CRP só permite restrições “nos casos expressamente previstos na Constituição”. Mas se se tratasse de um limite imanente, não de uma restrição, o problema estaria eliminado em termos lógicos.

<sup>(265)</sup> V., neste sentido, por exemplo, o ac. do TC n.º 103/87 (Cardoso da Costa).

<sup>(266)</sup> V. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 529 e 532 e ss. V. também o voto de vencido do Conselheiro Vital MOREIRA ao ac. referido na nota anterior, onde se alerta para o perigo de uma banalização do recurso à qualificação como limites imanentes se poder traduzir numa “manifesta fraude a Constituição (artº 18.º-2)”, servindo para legitimar indiscriminadamente todas as limitações aos direitos fundamentais. O que não impede Vital MOREIRA, no entanto, de continuar a adoptar a teoria dos limites imanentes: “como limites imanentes só podem considerar-se aqueles que não podem deixar de considerar-se ínsitos na própria configuração constitucional do direito em causa”. Só que o problema é, precisamente, o de saber quando acontece isso mesmo. Pelo que se confirma, segundo cremos, que a teoria dos limites imanentes apenas oferece uma explicação coerente e lógica para os casos evidentes (aqueles em que os limites “não podem deixar de considerar-se ínsitos...”), mas não uma metodologia de resolução dos casos difíceis.

<sup>(267)</sup> Recusando, nestes termos a possibilidade de a liberdade religiosa servir para excluir a ilicitude penal da circuncisão religiosa, v. PUTZKE, “Recht und Ritual”, 624.

ção entre os arbítrios de cada um segundo uma lei geral de liberdade (KANT). Fazemo-lo apenas para mostrar que, mesmo nessa eventualidade, os problemas trazidos pela teoria dos limites imanentes não estão ultrapassados.

Se essa argumentação fosse convincente ao ponto de amearhar o consenso dos contendores na disputa, então a teoria dos limites imanentes, ao menos neste caso, ofereceria uma explicação perfeitamente plausível da solução (embora apenas porque esta seria então evidente para todos). Só que tendo-se revelado um limite imanente – e não uma restrição – do direito fundamental, não haveria necessidade de o sujeitar à fiscalização da constitucionalidade nem, portanto, teria ele de cumprir os requisitos pensados para as restrições – entre os quais avulta o princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade <sup>(268)</sup>.

Isto vem a reflectir-se, segundo cremos, nas posições daqueles que pretendem fazer aqui valer a ideia – que tomámos por correta – de que um direito de liberdade, em si mesmo, não pode conferir a possibilidade de lesar a integridade física de outrem. Por mais evidente que isto nos pareça – como, de facto, parece –, cremos que a redução da argumentação a esta lógica simples conduz a um inconsciente relaxamento no exame da legitimidade do meio (punitivo) que se vem a utilizar para prevenir a prática da circuncisão religiosa.

Da constatação de que na circuncisão religiosa se ultrapassa já os limites imanentes da liberdade religiosa até à criminalização parece ir um passo. Este passo, porém, bem examinado, revela-se afinal um salto – um salto que esconde outros passos, que se teria de dar e não deu, para concluir pela criminalização.

O que se passa, no fundo, é o seguinte: constatando-se a ultrapassagem, com a circuncisão religiosa, de um limite imanente ao direito fundamental, temos de concluir que este direito fundamental já não abrange aquele comportamento. Pelo que fica assim eliminada a possibilidade de a invocação desse direito levar à justificação do facto. Na falta de outras vias para atingir esse resultado e confirmando-se, assim, a adequação problemático-material do critério de punição da ofensa à integridade física, ficará confirmado o juízo de ilicitude típica. A partir daí, muito dificilmente pode-

---

<sup>(268)</sup> Defendendo as vantagens de utilizar a expressão “proibição do excesso”, em vez de “proporcionalidade” (reservando este último termo para a proporcionalidade em sentido estrito, inserida assim no âmbito mais lato do princípio da proibição do excesso), v. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 731 e ss. Pela nossa parte, dada a oscilação terminológica nos tratamentos doutrinários e jurisprudenciais deste princípio, usaremos um ou outro termo indiferentemente, clarificando apenas a referência à proporcionalidade em sentido estrito, quando ela tiver lugar.

remos deixar de concluir pela criminalização deste tipo de condutas <sup>(269)</sup>.

Essa conclusão não careceria, pelo menos em teoria, de qualquer exame de constitucionalidade – dirigido, nomeadamente, ao cumprimento do princípio da proibição do excesso. Pois que razão haveria para levar a cabo agora tal exame, se já se deu cumprimento a tal princípio aquando da criminalização abstracta da ofensa à integridade física? Referimo-nos à necessária observância, nesse momento, do critério da necessidade da tutela penal <sup>(270)</sup>. Estando aqui em causa uma ofensa à integridade física (como tal, típica e ilícita), a resposta a quaisquer dúvidas sobre o cumprimento do princípio da proibição do excesso parece poder ser remetida para o momento da criminalização abstracta das ofensas à integridade física.

Com efeito, já então houve que apurar se a afectação da liberdade jusfundamental dos cidadãos – com base na prática, por estes, de condutas lesivas da integridade física de outrem – seria constitucionalmente legítima. E só poderia sê-lo no pressuposto da observância do critério da carência de tutela penal do bem jurídico. Mas se isso já foi aferido, então, aparentemente, não tem sentido repetir tal exame, visto que nada indica que tenha havido alguma modificação na dimensão da afectação dos direitos fundamentais do autor da conduta. E nada o indica porque, não podendo essa conduta considerar-se exercício da liberdade religiosa, a eventual aplicação de uma sanção penal pela sua prática não se traduzirá numa restrição deste direito fundamental.

Este raciocínio leva-nos a incorrer no risco, porém, de desatender a importantes factores, com prejuízo para a garantia dos direitos fundamentais dos agentes. Falamos dos factores que distinguem problemática e materialmente certos grupos de casos; factores que poderiam, se devidamente considerados, levar-nos a perceber a necessidade de novas ponderações, ainda próprias do critério da necessidade, mas que reclamam, na sua maior concreção problemática, outro tipo de conclusões (diversas das que se retiraram aquando da consideração do problema pressuposto em abstracto na norma legal).

A necessidade de renovação, perante os tipos de problema, do exame de critérios como o da necessidade de tutela penal <sup>(271)</sup> impõe-se já, segundo cremos, pela perspectiva que vimos adoptando

---

<sup>(269)</sup> É claro que certos factores problemáticamente relevantes do caso concreto poderão relevar para excluir a culpa, mas isso não infirma a afirmação de que este tipo de condutas, pelo menos primacialmente, é objecto de criminalização.

<sup>(270)</sup> V. Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 127 e ss.

<sup>(271)</sup> Ou seja, a impossibilidade de esse exame se bastar com o momento abstracto da criminalização, i. e., com o momento da positivação de um critério normativo; a necessidade, portanto, de ele se renovar perante um tipo de problema, que já sabemos ser materialmente análogo ao problema pressuposto pelo critério positivo. Já sabemos também que essa analogia, como temos deixado indiciado, não impede que o tipo de problema revele factores problemáticamente distintivos, a justificarem uma (re)consideração experimental do resultado das primeiras ponderações (feitas no momen-

– perspectiva que visa, nomeadamente, levar a sério a ideia de que a maior concreção da realidade problemática em causa envolve necessariamente um retomar do questionamento dos fundamentos normativos do critério positivo hipoteticamente aplicável. Um questionamento que deve ser feito, precisamente, em função das particularidades problemáticas dessa realidade.

Lembre-se que a novidade problemática do caso concreto demonstra – umas vezes mais claramente que outras – a incompletude do critério normativo hipoteticamente aplicável, tornando-se, por isso, imperioso o questionamento dos fundamentos normativos do critério <sup>(272)</sup>.

Este questionamento é uma tarefa essencial a cumprir no processo de realização do direito – um processo que já sabemos ter uma natureza normativamente constitutiva. Ora, precisamente esta natureza nos deixa já perceber a necessidade de retomar a verificação da carência de tutela penal – verificação que não está reservada exclusivamente, portanto, para o momento da positivação abstracta de um critério de solução jurídico-penal.

Com efeito, na decisão judicativa que dá solução ao caso concreto não se trata de uma mera aplicação da norma positiva, nem de concretizar um comando em si mesmo acabado. Porque o direito não é mero *pressuposto*, mas sim *resultado* da interpretação. Trata-se de um *constituendo*, não de um *constituído*. Pelo que a solução jurídico-penal tipificada, pensada em termos abstractos para um problema prático, há-de ser entendida como critério da decisão do caso concreto (se bem que apenas quando seja demonstrada a sua adequação material para cumprir tal papel). Enquanto *critério*, aquela solução tipificada cumprirá apenas uma função de mediação na realização normativamente constitutiva do direito; para isso, ela será objecto de reelaboração na decisão judicativa do caso concreto. Ora, pode acontecer que as ponderações respeitantes à carência de tutela penal, feitas aquando da elaboração da solução abstracta, devam ser retomadas, tendo agora em atenção uma materialidade problemática que, na sua especificidade, justifique tal retoma <sup>(273)</sup>.

---

to da criminalização abstracta); a justificarem, enfim, uma necessidade de esse resultado ser posto à prova perante o novo tipo de problema, relativamente ao qual se mostra adequado o critério normativo.

<sup>(272)</sup> É com este espírito, se bem o entendemos, que salienta HASSEMER que a consideração dos dados do problema real – para além do que seria relevado numa lógica de mera exposição sistemática das questões jurídico-penais – nos leva a constatar a existência de mais questões e, portanto (acrescentamo-lo nós), a tomar consciência da necessária re-problematização das questões que se julgava já respondidas naquele momento de pura abstracção sistemática-positiva: v. Winfried HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 14 e *passim*. Em boa verdade, o autor parece estar aí preocupado, sobretudo, com a exposição sistemática tradicionalmente feita nos Manuais de Direito Penal. Seria interessante saber se o método indutivo utilizado por ROXIN no seu Manual (cuja 1.ª ed. só foi publicada dois anos depois do estudo de HASSEMER) ainda mereceria, na mesma medida, as críticas que HASSEMER dirige, genericamente, também contra os autores que adoptam métodos indutivos de exposição (v. *op. cit.*, 9-11). Defendendo, da perspectiva do particularismo racional, as vantagens do método indutivo de ROXIN na construção do sistema penal, Paulo de Sousa MENDES, “Em Defesa do Particularismo Moral e do Pluralismo Liberal”, (em vias de publicação).

<sup>(273)</sup> E tal justificação dar-se-á, nomeadamente, em duas hipóteses: numa primeira, quanto o tipo de problema é, pura e simplesmente, novo – impondo-se então a confrontação dos juízos já elaborados (mas pensados em abstracto por

Em suma, o renovar das ponderações respeitantes à necessidade de tutela penal aparece como natural no quadro da perspectiva de fundo sobre a realização do direito que vimos adoptando.

Não se trata, contudo, apenas disso. É que só este caminho é conforme ao que entendemos ser uma correcta metodologia de solução do problema das restrições aos direitos fundamentais: uma metodologia que permita e torne efectiva a fiscalização da constitucionalidade das afectações negativas destes direitos. Pelo que, em última análise, se as nossas considerações estiverem correctas, a reponderação, por nós proposta, de critérios como o da carência de tutela penal não apenas tem sentido – ao contrário do que parecia resultar de uma aplicação lógica da teoria dos limites imanes –, como, em certas situações <sup>(274)</sup>, ela é mesmo imperativa: só por meio dessa reponderação poderemos ajuizar da constitucionalidade da intervenção estatal na liberdade dos cidadãos; só ela permitirá comprovar que se mantém a justificação constitucional dessa intervenção, visto que as ponderações feitas anteriormente para lhe darem essa justificação não levaram em conta (nem podiam fazê-lo) a novidade problemática dos grupos de casos que entretanto vão surgindo.

Devemos agora esclarecer alguns pontos, de modo a perceber melhor a coerência do que vai dito – coerência agora explicada por referência às normas de direitos fundamentais.

Começemos por confirmar o que já facilmente se adivinhava das críticas que, exemplificativamente, dirigimos à teoria dos limites imanes: rejeitamos abertamente esta teoria. Guiar-nos-emos, nos seus pontos essenciais, pelo pensamento de Reis NOVAIS, situado nos seus antípodas.

Este autor associa fundamentalmente, por um lado, o conceito de Estado de Direito à função de garantia dos direitos fundamentais, e, por outro lado, o conceito de democracia à regra da maioria. Daí parte para a aceitação de uma “tensão potencial” entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático <sup>(275)</sup>. E é com base nessa aceitação que procura um modelo adequado para o

---

referência a uma solução positivada) com a novidade problemática desse tipo de casos (levando também em conta as confrontações do mesmo género já feitas perante outros tipos de problema, que eram igualmente novos quando surgiram); numa segunda hipótese, quando, não sendo novos os traços históricos que identificam o tipo de problema em causa, se registre, no entanto, uma evolução nas percepções sociais que seja susceptível de condicionar os resultados daquela confrontação.

Quanto à primeira hipótese, já sabemos que se adequa ao nosso tipo de problema, visto que ele ainda não foi objecto de qualquer decisão nos tribunais portugueses. Mas também a segunda deverá ser considerada por referência aos casos de circuncisão religiosa, pelos motivos que explicaremos *infra*.

<sup>(274)</sup> V. a nota anterior.

<sup>(275)</sup> Reis NOVAIS, “Direitos Como Trunfos Contra a Maioria”, 24. Esta tensão, que talvez seja difícil de identificar inicialmente, torna-se mais perceptível quando damos conta da “indiferença estrutural” (de que fala José LAMEGO) que está necessariamente envolvida no processo democrático de tomada de decisão – indiferença referida aos conteúdos axiológicos que dão sentido às orientações das diferentes posições que conflituam nesse processo. Pelo que o princípio democrático (maioritário), não obstante merecer uma (inevitável) aceitação, não permite, na verdade, a fundamentação racional-axiológica da decisão tomada: v. José LAMEGO, “*Sociedade Aberta*” e *Liberdade de Consciência*, 47 e ss. Se o autor

exame da constitucionalidade das restrições dos direitos fundamentais. Não se trata de garantir a prevalência de todo e qualquer espaço de liberdade contra a vontade da maioria, mas sim de assegurar que a cedência da liberdade individual, quando ocorra, seja sempre justificável à luz dos parâmetros jurídico-constitucionais de validade.

Todos os direitos fundamentais – mesmo os tidos por “invioláveis”, de acordo com o texto da Constituição, como é o caso da liberdade de consciência – são limitáveis. Tal é abundantemente reconhecido e não é difícil imaginar casos práticos de conflito entre direitos fundamentais (de pessoas diferentes ou até da própria pessoa) em que um(ns) tem(êm) de ceder perante outro(s). Isto significa, para Reis NOVAIS, que a todos os direitos fundamentais é imanente uma reserva geral: todos eles podem ter de ceder, num caso concreto, perante outro bem, direito ou interesse.

Essa cedência há-de ser decidida nos termos de uma ponderação adequada. Pelo que se pode dizer, em suma, que os direitos fundamentais são sempre garantidos sob uma “reserva geral imanente de ponderação” <sup>(276)</sup>.

É importante perceber que esta perspectiva vem a coincidir essencialmente com a tese de que as normas de direitos fundamentais têm, normalmente, a natureza de princípios <sup>(277)</sup>. Tal desonera-nos de procurar artifícios terminológicos – como os operados com a designação dos “limites imanes” – para explicar o que é, no fundo, uma inescapável necessidade: uma norma de direito fundamental há-de ceder aí onde uma adequada ponderação da concreta especificidade problemática demonstre que outro bem tem maior peso.

A vantagem de aceitar aquela natureza de princípios está em que não temos de considerar essa cedência como uma inadmissível restrição do direito fundamental: mesmo quando o texto constitucional enuncie a inviolabilidade de um direito, essa cedência explica-se (ou, pelo menos, poderá sempre explicar-se) pela remissão implícita, presente em todas as normas de direitos fundamentais, para a compatibilização da norma em causa com outros bens, através de um juízo de ponderação. A norma de direito fundamental não deverá, assim, ser entendida como portadora de um conteúdo prescritivo acabado, mas sim como expressão de um determinado sentido intencional, que há-de assumir, juntamente com as restantes normas de direitos fundamentais em causa, uma função orien-

---

retira daí a imposição da abertura de um “maior espaço de tolerância relativamente às alternativas minoritárias”, no que o acompanhamos, não nos parece menos premente notar que isto ajuda a perceber a importância do papel dos direitos fundamentais como garantia da liberdade individual face ao funcionamento democrático do processo político de tomada de decisão.

<sup>(276)</sup> V. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 569 e ss.

<sup>(277)</sup> Esta tese foi desenvolvida por Robert ALEXY na sua obra *Theorie der Grundrechte*, Suhrhamp, 1994, em especial, 71 e ss.



tadora da ponderação decisória no caso concreto.

Neste momento, poder-se-ia avançar a crítica de que com a admissão daquela reserva geral de ponderação estamos, afinal, a fragilizar a garantia dos direitos fundamentais. A teoria dos limites imanescentes oferecia (ou assim o pretendia) segurança e previsibilidade na determinação conteudística destes direitos. Segurança e previsibilidade que poderiam ser percebidas atendendo, desde logo, ao processo de positivação (quando esta fosse legítima) das afectações negativas dos direitos fundamentais: tratar-se-ia aí, com efeito, de uma mera revelação ou explicitação dos seus limites imanescentes. Vejamos isto melhor.

Os limites imanescentes são (nas pretensões da respectiva teoria) limites *deduzidos*. Não são constituídos, mas sim *concretizados*. Pelo que o resultado lógico, no fundo, é o de que, de acordo com esta teoria, os cidadãos nunca poderiam ser surpreendidos com restrições aos seus direitos: é que as restrições legítimas seriam *só as que já estão expressamente previstas na Constituição* (dando-se assim cumprimento ao artigo 18.º, n.º 2).

Na falta de previsão expressa, toda e qualquer restrição seria inconstitucional. O único modo legítimo de afectar os direitos fundamentais seria através de uma concretização dos limites imanescentes desses direitos. Só que tais limites, sendo “imanescentes” aos direitos em causa, já resultariam (implicitamente) da consagração constitucional desses direitos. Pelo que também aqui não haveria surpresa nenhuma: esta teoria admite apenas a legitimidade de os poderes constituídos explicitarem as preferências e delimitações *já feitas na Constituição*. Nem sequer haveria, por isso, uma verdadeira afectação dos direitos fundamentais: ela seria, quando muito, aparente.

Este processo de dedução conceitual ou de explicitação seria então, aparentemente, mais seguro e estável do que a remissão genérica, feita pela tese que adoptamos, para ponderações feitas por referência aos dados dos problemas concretos – uma remissão que, deste modo, parece deixar tudo em aberto. O que se repercutiria num segundo ponto: é que esta remissão genérica, abdicando da pretensão universalista própria do normativismo – preferindo-lhe a justeza concreta do particularismo –, resultaria num risco sério: o de legitimar, à partida, toda e qualquer cedência, desde que resultado logicamente decorrente das referidas ponderações. Acabando por conduzir, assim, a uma insustentável situação de insegurança dos titulares de direitos fundamentais, que, no fundo, não saberiam com o que contar e perderiam todas as certezas sobre os limites da intervenção estadual legítima nos seus direitos. É que as ponderações referidas por aquela remissão genérica seriam sempre levadas a cabo, como se disse, em função do problema concreto a resolver. Só que é simplesmente impossível prever todos os tipos de problema que possam aparecer. Daí a insegurança que a posição que adop-

tamos parece importar, por contraposição à doutrina dos limites imanentes: para esta, os limites possíveis são apenas aqueles que resultam já da consagração constitucional abstracta dos direitos.

Para percebermos a improcedência desta crítica, lembremo-nos, em primeiro lugar, de que os problemas da doutrina dos limites imanentes começavam logo na ausência de um critério seguro para se poder saber quando estamos perante um limite imanente ou uma verdadeira violação do direito fundamental. E continuavam no relaxamento a que esta doutrina conduz, no que respeita à efectividade da fiscalização da constitucionalidade das afectações negativas de direitos fundamentais.

Estes problemas são a demonstração de que essa doutrina não consegue oferecer o que prometia – bem pelo contrário. Se não temos um critério seguro para definir antecipadamente até onde vão os limites imanentes de um direito, então a segurança revela-se ilusória. Ora, dir-se-ia que, nesse caso, os poderes constituídos devem ser especialmente cautelosos na fiscalização da constitucionalidade dos limites imanentes – ou talvez melhor: no exame destinado a saber se, de facto, estão em causa verdadeiros limites imanentes. Só que a tendência é precisamente a contrária: como já referido, esta doutrina conduz a um esmorecimento na efectividade dessa fiscalização. Pelo que ela não apenas oferece uma segurança ilusória, como ainda contribui para a diminuição da protecção dos cidadãos e das suas garantias.

Já não se pode dizer o mesmo da posição que adoptámos, situada nos antípodas da teoria dos limites imanentes. Com efeito, ao contrário do que a crítica sugeria, pensamos que esta posição, na medida em que se orienta para a ponderação de bens, é a que melhor explica – e, de facto, impõe – uma metodologia adequada à fiscalização das afectações negativas dos direitos fundamentais. O que significa que é também a que pode prometer maior segurança aos titulares de direitos fundamentais – a segurança, nomeadamente, de saberem que todas as restrições dos seus direitos serão objecto de um efectivo escrutínio; e que esse escrutínio não será evitado através de nenhuma burla de etiquetas<sup>(278)</sup>. De facto, é uma posição direccionada, precisamente, nesse sentido. Para percebermos porquê, vamos primeiro finalizar a resposta à crítica que enunciámos. Com isto, introduziremos, ao mesmo

---

<sup>(278)</sup> Falamos em burla de etiquetas (mesmo que inconsciente) porque, em última análise, a tal conduz a doutrina dos limites imanentes: é que ao chamar limites imanentes às restrições acaba-se por se subtrair as intervenções nos direitos fundamentais ao escrutínio do juiz constitucional; dá-se, portanto, um nome diferente às coisas para as podermos tratar de modo diverso. Pelo que o efeito prático desta teoria é o de levar a considerar que é o próprio legislador constituinte a retirar força normativa à Constituição. Reis NOVAIS ilustra isto com o seguinte trecho, no qual imagina um discurso dirigido pelo legislador constituinte aos poderes constituídos: *«como todos sabemos, eu não posso prever todas as restrições que se venham a revelar necessárias ou indispensáveis, mas, em todo o caso, vou proibir todas as restrições que não estiverem expressamente previstas na Constituição [v. artigo 18.º, n.º 2]. Isso não é, contudo, motivo para qualquer inibição: sintam-se à vontade para fazerem todas as restrições que entenderem convenientes. A única coisa que vos peço é que, para que nenhum de nós fique mal visto, não lbe chamem restrições. Dêem-lhes outra designação e temos o nosso problema resolvido. Eu dou o “ar” de quem vos limita; vocês dão o “ar” de quem observa as minhas proibições...»* (*As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 585-586).

tempo, a exposição dos pontos da posição de Reis NOVAIS que nos interessam no presente trabalho.

Cremos que os desenvolvimentos já feitos anteriormente nos dispensariam de comentários sobre as opções conceituais-dedutivistas subjacentes ao pensamento proposto pela crítica referida. Perceber-se-á com facilidade que as temos por fundamentalmente impraticáveis. É útil, de todo o modo, notar o seguinte.

A partir do momento em que é trincada a maçã do normativismo, o pecado original condena ao fracasso as construções teóricas que se queira erigir – o caroço do dedutivismo conceitualista vicia os seus alicerces, que, assim, estão destinados a cair. O caso da teoria dos limites imanentes é bem ilustrativo disso mesmo.

Pretende-se, com essa teoria, que a actividade de intervenção nos direitos fundamentais dos cidadãos, por parte dos poderes constituídos, só será legítima enquanto puder ser reconduzida à revelação ou concretização de limites imanentes a esses direitos <sup>(279)</sup>. E seria aí legítima porque, supostamente, estar-se-ia apenas a concretizar as soluções impostas na consagração constitucional dos respectivos direitos.

Tal só pode ser aceite, porém, por quem identifique a tarefa interpretativa com uma actividade de mera compreensão de um dado-prescrito. Para quem, como nós, na esteira de autores como Castanheira NEVES, defenda que a interpretação-compreensão (ou interpretação em sentido estrito) só faz sentido se integrada num processo mais amplo – um processo destinado à normativa constituição do direito –, aquela teoria tem de ser afastada.

Torna-se assim inescapável que a solução do problema concreto não é – não pode ser – obtida pela extracção de um sentido alegadamente já contido na norma (neste caso, constitucional). A essa solução só poderá chegar-se através de uma ponderação problematicamente adequada às circunstâncias do caso a resolver. Pelo que será sempre uma ponderação deste género a decidir se um ou mais direitos devem ceder <sup>(280)</sup>. É agora altura de avançarmos alguns pressupostos aceites à partida nessa ponderação.

---

<sup>(279)</sup> Ou, tratando-se de restrições, quando estas estiverem expressamente previstas na Constituição.

<sup>(280)</sup> “...é a ponderação do caso concreto e não a invocação abstracta da limitação imanente por força do direitos dos outros que acaba por ser decisiva”; “A solução de uma colisão entre direitos fundamentais passa sempre (...) por um juízo ineliminável de ponderação entre o peso relativo que os direitos conflituantes apresentam no caso em apreço, o que retira, em princípio, à limitação constituída pelos *direitos dos outros* o carácter de evidência ou de mera revelação de uma eventual relação de preferência já estabelecida ou implícita nas opções do legislador constitucional – e esses seriam (...) os pressupostos necessários da admissibilidade da sua consideração como limite imanente.”: Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, respectivamente, 456 e 458. Como se percebe, estas considerações adaptam-se, isoladamente consideradas, aos nossos desenvolvimentos. No entanto, devemos frisar que, por vezes, o autor parece trilhar caminhos em que não o podemos acompanhar: v. *infra*, nota 285.

Lembre-mo-nos de que os direitos fundamentais são *trunfos*, posições especiais face à maioria democrática. Devem ser garantidos como tais pelo Estado de Direito. Pelo que a necessária compatibilização, no caso concreto, com outros valores – também merecedores da protecção do Estado de Direito – não pode fazer perder de vista aquela função de garantia <sup>(281)</sup>.

O que se procura, então, é uma compatibilização que atenda à necessidade de garantia da liberdade individual jusfundamental <sup>(282)</sup> com respeito pela liberdade dos demais. Mas essa compatibilização, sendo feita num dado âmbito problemático e *para* esse âmbito, há-de resultar, necessariamente, de uma consideração das circunstâncias que concretizam o problema jurídico em causa <sup>(283)</sup>.

É precisamente esta inaptidão das normas de direitos fundamentais – como, aliás, do sistema de normas positivas na sua generalidade – para funcionarem como soluções prescritas acabadas de conflitos – bem como a insusceptibilidade de oferecerem essas soluções por meio de uma operação dedutiva, ou mesmo hermenêutica, a realizar pelo intérprete – que nos obriga a aceitá-las como garantias sujeitas a uma necessidade de cedência, sempre que uma ponderação adequada à problematidade concreta o justifique. É nesta medida que se aceita a natureza de princípios das normas de direitos fundamentais <sup>(284)</sup>.

Isto não implica a inevitabilidade de nos submetermos a uma indeterminação essencial que aceite como ponderáveis todas as possibilidades. Há, com efeito, certos sentidos normativos que a Constituição quis assumir expressamente – veja-se a proibição da pena de morte, por exemplo <sup>(285)</sup>.

---

<sup>(281)</sup> Em rigor, é a própria função de garantia dos direitos fundamentais que impõe uma ponderação circunstancialmente situada. Diz-se muitas vezes que esta remissão para ponderações *ad hoc* resulta numa violação do princípio da separação de poderes, na medida em que o juiz se substituiria, deste modo, ao legislador. Só que com a aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1, da CRP) visa-se, precisamente, retirar as afectações dos direitos fundamentais da disponibilidade política do legislador e conferir à actividade jurisdicional uma tarefa de controlo da constitucionalidade dessas afectações. Trata-se de um corolário da função (de instância) crítica do juiz e, portanto, do Estado de Direito (v. António Castanheira NEVES, “A Revolução e o Direito”, 227 e ss.; em especial, 235 e ss.). No que não se nega, obviamente, o espaço que o legislador, com a legitimidade conferida pelo processo democrático, tem na determinação política concretizadora da validade que fundamenta as normas positivas de que é autor. Esse é, com efeito, um espaço de liberdade que lhe é atribuído. Liberdade que não dispensa, porém, o exame jurisdicional da validade fundamentante – não podendo esse exame basear-se numa mera preferência política por uma determinação diversa; devendo antes realizar-se por referência aos parâmetros jurídico-constitucionais de validade.

<sup>(282)</sup> Não é demais lembrar: os direitos fundamentais são instrumentos de garantia da liberdade individual dirigidos contra a maioria democrática.

<sup>(283)</sup> V. Reis NOVAIS, *op. cit.*, 574. Não significa isto, já o sabemos, que as circunstâncias imponham a solução por si mesmas. Pois essa solução há-de dar sempre cumprimento a um certo sentido intencional que, como tal, é independente da problematização histórica que condiciona a sua afirmação: na realização do direito não releva apenas a componente problemática, mas também a sistemática.

<sup>(284)</sup> V. *idem*, 575.

<sup>(285)</sup> V. *idem*, 575 e ss.: nestes casos, defende Reis NOVAIS que as normas de direitos fundamentais assumem a natureza de *regras* e já não de princípios. O autor recorre aqui a uma distinção pensada, em termos estritos ou rigorosos, por Ronald DWORKIN (v., deste autor, *Taking Rights Seriously*, 23 e ss. e 71 e ss.) e depois utilizada (se bem que já não como separação forte ou estrita) como base da teoria dos direitos fundamentais de Robert ALEXYS (v. *Theorie der Grun-*

As disposições normativas respeitantes à liberdade de consciência não apresentam, porém, exemplos de assunções desse género. De facto, uma vez que a liberdade de consciência é tida como “inviolável” pela Constituição, dir-se-ia que ela não pode ser objecto de restrições pelo legislador ordinário, ou de intervenções restritivas por qualquer juiz. Suspeita com ainda mais razão de ser quando atendemos ao que dispõe o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição”.

Só que, como já referimos, é abundantemente reconhecido que a restrição de direitos fundamentais, mesmo aqueles consagrados sem reservas, é inevitável. O nosso tipo de problema, de resto, oferece já uma ilustração disso mesmo. Também o direito à integridade física é tido como “inviolável”. Ora, tendo em conta as pretensões, eventualmente atendíveis, de que a circuncisão religiosa deve ser tida como exercício da liberdade religiosa, um destes direitos fundamentais “invioláveis”

---

*drechte*; para uma síntese do pensamento de ALEXY nesta matéria, contraposto ao de DWORKIN, v. Reis NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 322 e ss.).

Já não aceitamos, porém, as pretensões de Reis NOVAIS no sentido de que a actividade dos poderes constituídos seria, perante as normas-regra, fundamentalmente subsuntiva. Valoramos como positiva, em certa medida, a adopção pelo autor da distinção entre normas-regra e normas-princípio. O que nos parece útil retirar dessa distinção é o propósito de destacar a norma que é consagração/atribuição de um direito fundamental da norma que, num âmbito axiológico ainda pertinente a esse direito, assume já um mais concreto sentido normativo-prático. Se daquela (a designada “norma-princípio”) decorre, para o julgador, uma vinculação à assunção constitucional da garantia de um certo bem – vinculação que há-de orientar, juntamente com as vinculações decorrentes de outras normas deste tipo, a concreta ponderação decisória –, já esta (“norma-regra”) deverá ser aceite como algo mais próximo de um (ou mesmo como um) um critério de decisão. Assim, não se reconduzem as “normas-regras” a instrumentos aptos para subsunção (lembre-se que, tal como na lei ordinária, também na Constituição norma e texto não coincidem), mas sim a meras soluções pensadas em abstracto para um problema nelas pressuposto – veja-se, aliás, o próprio Reis NOVAIS a salientar que se trata, nestas normas, de uma “ponderação já feita” pelo legislador constituinte. Ora, essa ponderação leva necessariamente em conta um pressuposto problema. Só que o legislador constituinte não leva aí a cabo, nem tal está ao seu alcance, “todas as ponderações que haja a fazer” (*As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 577), já que o julgador há-de realizar a sua própria ponderação decisória – que terá de passar, naturalmente, pela reassunção da ponderação feita pelo legislador constituinte na “norma-regra”, à qual o julgador está, neste sentido, vinculado. Para utilizarmos um exemplo do autor, é ele mesmo que reconhece dificuldades na aplicação do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição (que aponta como exemplo de norma-regra), quando este determina a nulidade das provas obtidas por meio de “abusiva intromissão na vida privada” – dificuldades resultantes da vaguidade destes termos (*ibidem*, 579-580). Simplesmente, esses problemas não hão-de ser superados por uma interpretação que vise fixar o sentido correcto destas expressões para, desse modo, saber se se deve aplicar ou deixar de aplicar a norma, mas sim por uma interpretação que vise obter a intenção normativa que encontra expressão no texto e que há-de ser tomada, nos termos que referimos, como critério decisório. Veja-se também – um exemplo, com relevância, pelo menos hipotética, para o âmbito do nosso estudo – o artigo 25.º, n.º 2, da CRP, a dispor que “ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”. Em que medida esta disposição imporá a proibição da circuncisão religiosa é uma questão a que não se pode responder guiando-nos pela lógica subsuntiva de procurar saber se essa prática constitui um “trato cruel”, de acordo, por exemplo, com os “sentidos possíveis” desta expressão.

Feito este reparo, mantemos que o pensamento de Reis NOVAIS oferece a perspectiva mais adequada para o tratamento dos problemas que vimos debatendo no texto. O autor guia-se, com efeito, pela ideia de que uma margem de ponderação *ad hoc*, feita pelo julgador em função das circunstâncias do caso concreto, é, em geral, ineliminável (v., por exemplo, *ibidem*, 694). E é a consequência que daí retira o autor – a da insustentabilidade das soluções para o problema dos limites aos direitos fundamentais que buscam resolver esse problema propondo o recurso a processos de mera concretização ou dedução da decisão do caso a partir de critérios de preferência objectivamente consagrados – é o que nos importa reter.

tem mesmo de ceder: ou este ou o que protege a integridade física da criança <sup>(286)</sup>.

Também já percebemos que não conseguimos obstar às dificuldades escondendo essas inevitáveis restrições com técnicas de camuflagem – chamando-lhes, nomeadamente, “limites imanentes” <sup>(287)</sup>. As restrições terão de ser assumidas como tais, porque só encarando-as seremos obrigados a um exame efectivo da sua legitimidade. E se restrição legítima é só aquela explicada por uma ponderação que leva a afirmar a preponderância, no caso concreto, de um certo interesse, em detrimento do direito em causa, então a teoria sobre as restrições que nos interessa é uma orientada para essa ponderação; orientada para o evidenciar dos pontos problematicamente relevantes no caso concreto e, portanto, dos interesses aí em conflito; que vise, enfim, o aprimoramento da metodologia de exame da constitucionalidade das restrições impostas aos direitos em causa <sup>(288)</sup>.

Uma tal teoria começa então por salientar que os direitos fundamentais constituem garantias da liberdade jusfundamental do seu titular, verdadeiros *trunfos* contra a maioria democrática. Pelo que a sua cedência, ou a restrição que se lhes imponha, carecerá sempre de uma especial fundamentação – cuja validade será necessariamente aferida por referência aos parâmetros da Constituição <sup>(289)</sup>.

Os direitos fundamentais não são, como se vê trunfos invencíveis. Mas na medida em que constituem garantias contra a vontade maioritária, não pode nunca esta vontade, por si só, bastar para fundamentar a sua restrição <sup>(290)</sup>. É por isto que a ponderação que leve a concluir pela necessidade da restrição deverá ter como primeiro objectivo o de demonstrar a preponderância de outro bem ou interesse. É essa preponderância que permitirá fundamentar a cedência do direito.

A prevalência do bem ou interesse não deverá, porém, pensar-se em termos abstractos, a decorrer de uma qualquer formal hierarquia positivada. Nem se trata sequer de uma comparação entre a importância abstracta de cada direito fundamental enquanto tal. Terá de ser uma prevalência

---

<sup>(286)</sup> Serve isto para dizer que não há aqui a hipótese de uma concordância prática que possa salvar ambos os direitos, visto que um deles vai inevitavelmente recuar perante o outro. Recorrendo (pelo menos intencionando fazê-lo), no entanto, à concordância prática, entre outros, CZERNER, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung” (2.ª parte).433 e ss.; LILIE, “Vom Flügelschlag eines Schmetterlings zum Sturm”, 11 e ss. A verdade é que não é possível agradar a gregos e troianos neste grupo de casos. O mais que o jurista pode (e deve) prometer é que cuidará para que nenhuma restrição a direitos fundamentais entre no debate disfarçada de limite imanente, qual cavalo de Tróia com verdadeiras restrições escondidas na barriga.

<sup>(287)</sup> V. Reis NOVAIS, *ibidem*, 584-586.

<sup>(288)</sup> V. *idem*, 354 e ss., 528 e ss., 542 e ss. e 569 e ss.

<sup>(289)</sup> Não quer isto dizer que os autores que têm um ponto de partida diverso – defendendo, por assim dizer, um encontro de intenções entre direitos fundamentais e princípio democrático – sejam necessariamente levados a uma verificação menos rigorosa das restrições àqueles direitos. Apenas queremos salientar a especial coerência que a exigência de mecanismos fortes para proceder a tal verificação assume face ao ponto de partida que adoptamos – o de que se trata de preservar, tanto quanto possível, a liberdade dos cidadãos e o de que tal constitui tarefa essencial do Estado de Direito, face ao perigo real de violações dos direitos democraticamente justificadas (i. e., maioritariamente).

<sup>(290)</sup> V. *idem*, 605.

reclamada pela justiça do problema concreto <sup>(291)</sup>.

Os direitos fundamentais estão, assim, sujeitos à inevitável eventualidade de virem a ter de ceder em função das circunstâncias – com a garantia, porém, de que essa cedência será sempre explicada como resultando de uma ponderação adequada.

Os direitos fundamentais, enquanto garantias da liberdade do seu titular, não podem ceder perante o que sejam simplesmente representações políticas ou ideológicas da maioria, por exemplo. Perante elas, pode dizer-se que não há grande ponderação a realizar. Mas se o que está em causa é uma verdadeira obrigação do Estado, como a de promover outro ou outros direitos, então a ponderação é imperiosa <sup>(292)</sup>.

Assim, há que apurar a verificação efectiva de um valor passível de justificar a cedência do direito fundamental que com ele conflitua, e não uma mera orientação preferencial da maioria. Se se der a primeira hipótese, abrem-se as portas à ponderação. Esta terá como objectivo a conclusão sobre se aquela cedência deve, efectivamente, ter lugar.

Do que tratamos, lembre-se, é de saber se está ou não justificada a conduta típica do agente da circuncisão religiosa. Pelo que a ponderação que pesa comparativamente a posição desse agente e a posição da criança (com o propósito de saber qual deve ceder) não partirá da igualdade abstracta de ambas as posições, à procura do ponto de equilíbrio. O seu sentido orientador é o da análise da legitimidade de uma eventual intervenção restritiva nos direitos dos pais, i. e., de uma decisão de condenação dos pais pela prática da circuncisão religiosa.

Não se trata de uma opção arbitrária. É no sentido dessa interrogação que nos conduzem os desenvolvimentos levados a cabo até aqui. Com efeito, fomos salientando vários pontos que explicam, pelo menos num primeiro momento, a adequação problemática do critério normativo do artigo 143.º, n.º 1. Na medida em que, por isso, a conduta se revela típica, a hipótese que temos em mãos é a da condenação do agente pela realização da circuncisão religiosa. Assim, a questão agora pertinente terá de ser, naturalmente, a de saber se a confirmação dessa intervenção restritiva nos direitos dos pais está ou não justificada <sup>(293)</sup>.

---

<sup>(291)</sup> V. *idem*, 618-620.

<sup>(292)</sup> V. *ibidem*, 624-625.

<sup>(293)</sup> Nem se diga que a opção continua a ser arbitrária, na medida em que deixamos por explicar porque não considerámos logo a liberdade religiosa dos pais no momento em que ajuizámos da adequação problemática do critério normativo para efeitos de afirmação da tipicidade. A verdade é que se trata aí, como referimos, de dar cumprimento aos princípios da ofensividade e da legalidade. O cumprimento desses princípios há-de ser orientado, na experiência interpretativa-concretizadora, pela referência ao núcleo axiológico-normativo essencial constituído pelo bem jurídico (v. António

A interrogação sobre se uma eventual decisão absolutória e o juízo normativo que ela implica – exclusão da ilicitude típica da circuncisão religiosa – resultariam ou não numa afectação inadmissível dos direitos da criança seguiria um rumo bem diverso do da interrogação que referimos. Com efeito, tratar-se-ia aí de apurar se haveria ou não uma inconstitucionalidade por omissão. Teríamos então de nos perguntar se o Estado não teria deixado de cumprir os seus deveres de protecção <sup>(294)</sup>. Já o sentido interrogativo que vamos seguir obriga-nos, inversamente, a saber se se justifica ou não uma restrição aos direitos dos pais. E a resposta que obtemos não condiciona necessariamente a resposta àquela interrogação de sentido inverso <sup>(295)</sup>.

Na medida em que o sentido orientador da ponderação é o de saber se é ou não legítima a intervenção restritiva na liberdade religiosa em causa, temos já dado um passo importante no condicionamento da (subjectividade da) ponderação. Pois o que determina esse sentido é o juízo de tipicidade já afirmado e esta afirmação permite admitir já um conteúdo material válido ao fundamento para afirmar essa restrição. Pelo que ao julgador caberá decidir se se confirma ou não a validade desse fundamento da restrição.

Essa confirmação terá então de se fazer nos termos de um juízo de ilicitude e, portanto, na procura do merecimento justificador da conduta do agente <sup>(296)</sup>. Pelo que deverá poder explicar-se

---

Castanheira NEVES, “O Princípio da Legalidade Criminal”, 468). Ora, começámos precisamente por explicar que ocorre na circuncisão religiosa uma lesão importante da integridade física da criança – e desenvolvemos a discussão a partir desse ponto básico, debatendo os argumentos que têm sido avançados para negar a tipicidade. A invocação da liberdade religiosa não é, porém, um desses argumentos (nem, de resto, tem sido avançada como tal), visto que ela não oferece a possibilidade de invalidar o juízo de ofensividade afirmado. Ela apenas pode ter a pretensão de infirmar a adequação material-problemática que se quer basear naquele juízo de ofensividade. Ou seja, ela apenas pode pretender demonstrar que, apesar da tipicidade, a ilicitude deve ser negada (negando-se, portanto, a confirmação do juízo de adequação do critério normativo).

<sup>(294)</sup> Lembre-se que os direitos fundamentais, na sua componente objectiva ou, se se quiser, enquanto valores, impõem ao Estado o cumprimento de deveres de protecção, que se destinam a assegurar a efectiva possibilidade de exercício e gozo desses direitos pelo titular.

<sup>(295)</sup> Ou seja, se chegarmos à conclusão de que o juízo de ilicitude típica, nos casos de circuncisão religiosa, não levanta, em princípio, qualquer problema de constitucionalidade, tal não implica que uma eventual prescrição positiva destinada a excluir expressamente os casos de circuncisão religiosa do âmbito de aplicabilidade do artigo 143.º seria, necessariamente, inconstitucional. Do mesmo modo que o afastamento do juízo de ilicitude penal não implica necessariamente defender a licitude da circuncisão religiosa nem, muito menos, a inconstitucionalidade de outro tipo de restrições, que igualmente passassem pela proibição dessa conduta. Desta perspectiva, é de criticar o Tribunal de Colónia, quando fundamenta a prevalência do direito à integridade física sobre a liberdade religiosa dizendo que o afastamento do juízo de ilicitude penal implicaria uma restrição desproporcional do direito à integridade física do menor. Como explicamos no texto, o que está em discussão é a legitimidade da intervenção nos direitos dos pais. Coincidindo neste ponto, se bem que com uma explicação um pouco diferente (mas que não deixa de ir ao encontro de alguns dos momentos mais importantes da nossa discussão sobre a ponderação dos direitos fundamentais aqui em causa), Michael GERMANN, “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 85-87.

<sup>(296)</sup> Sobre o merecimento justificador, v. Maria Fernanda PALMA, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1990, 747 e ss. V. também *idem*, “Justificação em Direito Penal: Conceito, Princípios e Limites”, in Fernanda Palma et al. (coord.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2004 (109-138).



de modo a mostrar-se harmonizável com as ponderações normativas e jurisprudenciais sobre os problemas da justificação de condutas em geral.

### 7.3.3. Ponderação decisória do conflito entre direitos fundamentais dos pais e do filho

Vejamos então o que importam para o nosso tipo de problema, em termos práticos, as orientações teóricas já desenvolvidas.

Estão em causa direitos fundamentais da criança e dos pais que a submetem à circuncisão. Para sabermos se se justifica uma intervenção restritiva na liberdade religiosa dos pais, convém perceber primeiro em que medida este seu direito fundamental é afectado.

Optamos, como já se terá percebido, por não excluir liminarmente e logo à partida o ritual da circuncisão religiosa da abrangência possível da liberdade de consciência dos agentes que a praticam. Não concordamos com delimitações abstractas, baseadas em interpretações de cariz dedutivista ou normativista, pelas quais se pretende tudo decidir com indiferença pelo concreto âmbito problemático. Pelo que uma eventual exclusão liminar de uma conduta do âmbito de um direito fundamental só terá justificação – ainda que apenas em princípio – nos casos evidentes ou indiscutidos.

Tal não nos desonera, porém, da obrigação de perceber melhor *o que* está em causa restringir.

É importante começar por insistir num ponto que vem hoje sendo comumente reconhecido: a liberdade de consciência só tem sentido na medida em que confira à pessoa a possibilidade de *agir* segundo a sua consciência. Não está restrita, portanto, ao foro interno <sup>(297)</sup>.

A liberdade de religião, mais concretamente, envolve a liberdade de culto. O fenómeno religioso, com efeito, implica a vivência da experiência de transcendência no ritual prescrito. É natural, portanto, a consagração da liberdade de culto junto da liberdade religiosa no artigo 41.º, n.º 1, da CRP <sup>(298)</sup>.

Nas comunidades judaicas e muçulmanas, a prática da circuncisão é realizada através de um ritual e este assume carácter religioso. É por isso que havemos de ter em consideração o direito fundamental da liberdade religiosa; mas não encarado sob uma perspectiva subsuntivista, que apenas

---

<sup>(297)</sup> V. José LAMEGO, “*Sociedade Aberta*” e *Liberdade de Consciência*, 42 e ss.; em especial, 44 e ss., salientando aí como a “des-sacralização” do Estado», que associa a uma “concepção liberal-democrática” deste, lhe impõe a tarefa de assegurar as liberdades individuais, estruturando-se mesmo o Estado em função disso, de tal modo que, necessariamente, a liberdade de consciência individual terá de (poder) ter também expressão exterior. V. também Jónatas MACHADO, *Liberdade Religiosa*, 222 e ss., onde se fala numa “unidade essencial entre crença e conduta”.

<sup>(298)</sup> Considerando a liberdade de culto uma dimensão da liberdade religiosa, J. J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, anotação ao art. 41.º, 609. V. também Jónatas MACHADO, *Liberdade Religiosa*, 229 e ss.

procuraria definir – por meio de vias interpretativas já ultrapassadas – se a circuncisão religiosa constitui ou não uma prática abrangida pelo âmbito de protecção da norma constitucional. O nosso intento é outro. O ponto de partida é, como não podia deixar de ser, o da constatação da existência de uma controvérsia nesta matéria – controvérsia que incide sobre a legitimidade da invocação daquele direito fundamental. Pelo que somos obrigados a perspectivar a questão da referida legitimidade em função dos dados problemáticos dessa mesma controvérsia.

Nesta medida, pode dizer-se que, pelo menos numa perspectiva *prima facie*, os agentes que executam o ritual da circuncisão religiosa podem invocar a liberdade (religiosa) de o fazerem. Já sabemos o que isto significa: esta liberdade está sujeita a uma reserva de ponderação <sup>(299)</sup>. O concreto âmbito problemático, *rectius*, a sua consideração adequada e normativamente orientada podem levar a concluir pela justificação de uma restrição a essa liberdade. Uma restrição que se traduza, nomeadamente, na proibição da prática da circuncisão religiosa.

Assim, a legitimidade *prima facie* não é, de modo nenhum, uma atribuição efectiva de uma posição subjectiva aos agentes da circuncisão. Trata-se apenas de reconhecer a pertinência de alguns aspectos por referência à liberdade religiosa. Pertinência que, porém, pode revelar-se insustentada – afastando-se o efeito positivo daquela liberdade – em função de uma ponderação problematicamente adequada e jurídico-intencionalmente orientada. Sendo que nesta orientação terão de ser levados em conta, naturalmente, outros interesses, valores, princípios, que não os da própria liberdade religiosa.

Entre eles conta-se o direito fundamental à integridade física da criança. Integridade que é lesada com a circuncisão.

Ambos os direitos, como já referimos, são consagrados constitucionalmente como “invioláveis”. A Constituição não prevê expressamente quaisquer possibilidades de restrição. Ambos constam do catálogo dos direitos, liberdades e garantias e são insusceptíveis de afectação em estado de sítio ou em estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6, da CRP).

Nestes termos, não se pode dizer que a Constituição atribua, em abstracto, maior valor a um destes direitos. Note-se que tal hierarquia ou preferência, ainda que existisse ou estivesse expressa no texto constitucional, não importaria, de modo nenhum, a solução do caso decidendo. Com efeito, para além do que já dissemos sobre o carácter normativamente constitutivo da decisão judicativa do caso concreto, na ponderação decisória não se trata de comparar a importância ou o valor de direitos

---

<sup>(299)</sup> Assim entendida esta garantia, concordamos com o que diz SCHWARZ (“Die aus religiösen gebotene Beschneidung”, 103 e ss.) sobre a determinação do âmbito de abrangência da liberdade religiosa ter como ponto de partida as concepções do próprio agente, não cabendo ao tribunal, em princípio, ajuizar sobre se a conduta em causa é objectivamente conforme aos preceitos da respectiva religião.

fundamentais considerados em abstracto ou num plano astral – a liberdade religiosa e a integridade pessoal em si mesmas, enquanto valores com dignidade constitucional. Trata-se, sim, de considerar as manifestações concretas desses direitos.

Por outro lado ainda, na consideração abstracta desses direitos, ambos aparecem intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Passemos então às notas da concreta problematidade dos casos de circuncisão religiosa.

Notemos, em primeiro lugar, que a afectação da integridade física do menor não pode ser considerada periférica. Trata-se de uma lesão de dimensão considerável. A sustentar este juízo temos, em primeiro lugar, a remoção irreversível de uma parte importante do corpo; depois, essa remoção envolve uma grande dose de sofrimento; se isto não bastasse, temos também os riscos de complicações implicados na intervenção e ainda as lesões permanentes (ao nível, por exemplo, da sensibilidade) que poderão também resultar daí.

No que respeita à liberdade religiosa dos pais, será que a proibição da prática da circuncisão religiosa se traduz numa afectação substancial dessa liberdade? À partida, dir-se-ia que sim. Não se trata de impor a estes agentes, por exemplo, que cortem um pouco menos de pele, ou de limitar a admissibilidade da circuncisão religiosa não medicamente indicada ao preenchimento de certos requisitos – como, por exemplo, a prática da intervenção num estabelecimento hospitalar, por um cirurgião especializado, o recurso à anestesia, a consulta prévia com um médico que devesse alertar para a ausência de vantagens a nível de saúde, etc. Trata-se, sim, de proibir a prática da referida circuncisão, independentemente do preenchimento destes requisitos e, portanto, da proibição de um acto de culto.

Tal juízo atenua-se, no entanto, se notarmos que não é a circuncisão religiosa não medicamente indicada em si que é proibida, mas sim a que é aplicada em crianças menores, incapazes de consentir. Já não nos parece que a circuncisão realizada num indivíduo de pelo menos 16 anos que dá a sua concordância (livre e esclarecida) deva ser considerada um ilícito típico penal <sup>(300)</sup>. Pelo que a circuncisão religiosa continua, nesses termos, a ser permitida.

Podemos pensar, porém, no exemplo dos judeus que confirmam especial importância ao facto de as Escrituras referirem especificamente o oitavo dia a contar do nascimento para a sujeição à cir-

---

<sup>(300)</sup> Não temos esta solução por indiscutível: pode pretender-se, por exemplo, que mesmo nessas condições esta conduta constituiria sempre um ilícito penal, tendo em conta a gravidade e a irreversibilidade da lesão (que determinariam a ineficácia do consentimento). Só que aí, tendo em conta as importantes mudanças na materialidade problemática (como vimos *supra*), o juízo de ilicitude típica teria sempre de ser sustentado numa mais elaborada fundamentação que explicasse como se mantém a validade da solução de desaprovação jurídico-penal do comportamento, apesar daquelas mudanças. Pelo que não nos parece que por aí fique infirmado o que dizemos no texto.

cuncisão. De tal modo que, para estes agentes, a obrigação de esperar que o filho cresça até ter idade para consentir equivale à proibição simples da circuncisão religiosa, visto que ela implica violar a imposição respeitante à data de realização da conduta <sup>(301)</sup>.

Não aprofundaremos esta questão – não cremos que ela seja decisiva. Temos por seguro que a afectação dos direitos da criança assume uma dimensão considerável. Vamos agora admitir, sem mais discussão, que o mesmo acontece do lado dos pais. Assim sendo, a dimensão da afectação dos direitos fundamentais de cada envolvido não é um factor que vá influenciar a ponderação do nosso problema.

Pensemos agora no que distingue as posições em conflito. Os pais pretendem que o Estado se abstenha de intervir no exercício da sua liberdade de culto. Uma vez que o ritual que pretendem levar a cabo sem impedimentos se traduz numa lesão corporal, o que eles invocam, no fim de contas, é um direito de lesar o corpo de outra pessoa por motivos religiosos. Já a criança pretende ver protegida a sua integridade física e ver reconhecido, portanto, o direito a não ter de sofrer lesões corporais que não são, sequer, medicamente indicadas.

Defendemos atrás que estes factores não poderiam relevar para decidir o problema nos termos da teoria dos limites imanentes. Mas já não vemos inconveniente em reconhecer a importância material que eles assumem no âmbito de uma ponderação circunstancialmente situada <sup>(302)</sup>.

Numa Ordem Jurídica liberal como a nossa, cremos que faz todo o sentido privilegiar a posição de quem reclama a protecção da sua esfera jurídica face à intromissão lesiva por parte de terceiros, em detrimento da posição de quem pretende ver legitimada a possibilidade de se intrometer lesivamente na esfera jurídica de outrem.

Como possível objecção ao que acabamos de dizer, dir-se-á que assim estamos a usar para privilegiar uma posição um motivo que, na verdade, poderia ser utilizado para privilegiar a posição oposta. Pois ao defender a prevalência do direito à integridade física, estamos, afinal, a aceitar a imposição à outra parte de uma privação da sua liberdade religiosa. Pelo que também estamos a aceitar, em suma, a legitimação de uma intromissão (mesmo que indirecta) na esfera jurídica de outrem.

Não cremos, porém, que assim seja.

---

<sup>(301)</sup> V. GERMANN, “Die Vorgaben des Grundgesetzes für die Beschneidungsdebatte”, 2012, 15.

<sup>(302)</sup> Ou seja, não há inconveniente em aceitar que estes factores podem, de facto ter uma importância decisiva na ponderação da materialidade problemática concreta, visto que esta ponderação sempre sujeitará esses factores ao confronto com outros que o caso concreto ofereça – podendo mesmo estes outros mostrar que aquela importância era ilusória. Já a teoria dos limites imanentes, a dar relevância aos referidos factores, fá-lo-ia na pretensão de estar a apontar delimitações abstractas, feitas *a priori* e, como tal, insusceptíveis de se sujeitarem à ponderação que os põe à prova no caso concreto. Nesta medida, correr-se-ia o risco de dar ao caso uma solução inadequada às circunstâncias concretas.

Esta objecção começa logo por incorrer, segundo cremos, no vício da petição de princípio. Lembre-se que aceitámos apenas a legitimidade *prima facie* da invocação do direito fundamental da liberdade religiosa – o que significava que teríamos ainda de decidir se, depois de uma ponderação, não deveríamos concluir pela restrição deste direito. Encontramos agora um motivo forte para o restringir: a conduta em causa lesa – significativa e irreversivelmente – a integridade física de uma criança. Contra este motivo, aquela possível objecção pretende invocar o direito fundamental da liberdade religiosa (dizendo que este também é lesado com a protecção da integridade física). Só que então está a esgrimir-se, precisamente, com o que se pretendia fundamentar: que esta conduta constitui, *efectivamente*, uma modalidade de exercício da liberdade religiosa.

Em suma: está em causa saber se a liberdade religiosa deve ou não ser restringida e se, mais concretamente, ela abrange ou não a prática da circuncisão. Avança-se com um motivo para fundamentar essa restrição (nomeadamente, o de que a lesão corporal de uma criança vai implicada na circuncisão). Não pode afastar-se este motivo invocando a própria liberdade religiosa – porque é precisamente da legitimidade desta invocação que se trata.

Um eventual defensor da objecção que imaginámos poderá ainda insistir: esta acusação de petição de princípio pode também ser dirigida à nossa argumentação, pois também fica por demonstrar porque não deve ser restringido o direito à integridade física. Não estamos também nós a pressupor o que deveríamos sustentar?

Contra isto, devemos insistir, porém, no esclarecimento da questão aqui em causa. E essa questão, como explicámos, é a da legitimidade de uma restrição da liberdade religiosa – e não de uma restrição do direito à integridade física. Pelo que as ponderações a levar a cabo devem orientar-se no sentido dessa mesma interrogação. E isto não é assim por escolha arbitrária. Esta questão – com este sentido orientador – aparece apenas porque se comprovou já a adequação problemática suficiente para fundamentar o juízo de tipicidade por referência ao artigo 143.º Pelo que, no fundo, em face dessa tipicidade, é o direito de praticar a conduta típica que tem de ser explicado – e não o direito de cuja protecção (também) se trata na positivação do critério legal.

Mesmo que se entenda que não deve ser assim – e que, portanto, também o direito de cuja protecção se trata no critério típico deve ser explicado –, a objecção não procede. É que as posições são diferentes. Relativamente ao direito à integridade física, podemos dizer que o bem jurídico protegido sofre, indubitavelmente, uma lesão. Pelo que a discussão sobre a justificação de uma restrição a esse direito, a ter lugar, traduzir-se-ia sempre em considerar a possibilidade de aceitação de uma lesão efectiva do bem jurídico que o direito em causa protege. Já quanto à liberdade religiosa, não

sabemos se há uma lesão efectiva do bem jurídico em causa (é isso que está em questão). Pelo que a restrição de que aqui se trata já não se traduz na aceitação de uma lesão efectiva deste direito – mas sim em aceitar a procedência de um certo motivo que explica que as pretensões associadas à liberdade religiosa não podem ir ao ponto de legitimar a conduta em discussão.

Por último, ainda que tudo isto não fosse como dizemos, um outro motivo basta para sustentar o que afirmamos. Com efeito, cremos que mesmo admitindo que a prevalência da protecção da integridade física implica um prejuízo efectivo para a liberdade religiosa dos pais – ou seja, não uma mera restrição deste direito encarado tão-só sob uma perspectiva *prima facie* – justificar-se-ia a decisão pela restrição efectiva desse direito, em vez da restrição do direito à integridade física.

Admitindo tal hipótese – a de que qualquer decisão implica uma lesão efectiva de um dos direitos –, as posições em contraposição poderiam ser explicadas do seguinte modo. Uma – a da criança – pode ser tida por passiva, no sentido de que ela não invoca o direito de *fazer* alguma coisa a outra pessoa, provocar-lhe um dano, mas sim o de que não lhe causem dano a si. A outra – a dos pais – pode ser tida por activa, na medida em que invocam o direito de *fazer* alguma coisa a outra pessoa, a liberdade de lhe causar um dano. Assim, na pureza das pretensões em causa, podemos concluir que uma das posições se traduz na organização da sua liberdade de tal modo que esta interfere na de outros (lesando-a); já a posição oposta, pelo contrário, traduz-se na organização da respectiva liberdade de tal modo que esta só colide com a dos outros no pressuposto de esses outros terem já desencadeado uma intervenção (lesiva) na sua esfera.

Não temos dúvidas em afirmar que, sob esta perspectiva do problema, a preferência tem de ser dada à posição passiva, por razões fundamentais de justiça. A delimitação *a priori* ou abstracta das esferas de organização da liberdade de cada um deve ser feita, como se concordará, de modo a que cada pessoa tenha, em princípio, o domínio sobre os seus próprios bens jurídicos, mas não sobre os dos outros. Tal decorre de ideias básicas de liberdade e autonomia e costuma ser traduzido na frase feita (mas nem por isso verdade morta) de que a liberdade de cada um começa onde acaba a do outro. Da mesma forma, uma ideia básica de responsabilidade explica que cada um deva responder, em princípio, por ter utilizado os meios que tinha à disposição (mesmo quando essa disponibilidade, em si mesma, fosse legítima) de modo a interferir no domínio dos outros sobre os seus bens jurídicos (leia-se: os bens jurídicos desses outros).

Esta ideia simples de atribuição de responsabilidade nessas condições já nos diz que a perturbação daquela delimitação entre esferas – através da intromissão lesiva na esfera de liberdade alheia – deverá ser tida, em princípio, como desvaliosa. Por aqui podemos então perceber o desfavorecimen-

to da posição dos pais. Pois eles, de facto, perturbam aquela delimitação de esferas, arrogando-se a disponibilidade dos bens jurídicos do filho.

Já a pretensão deste não perturba aquela delimitação – pelo contrário, ela é instante exemplar do princípio que lhe está na base: o limite da liberdade de um no começo da liberdade do outro. A pretensão do filho tem uma vocação universal: dirige-se a *todos os outros*. E resume-se no propósito de ver cumprido o dever, que sobre esses outros impende, de não se arrogarem o domínio sobre os seus (do filho) bens jurídicos.

O efeito negativo sobre a liberdade religiosa dos pais (que apenas admitimos sem conceder) é, assim, meramente reflexo. Não constitui, de modo nenhum, a consequência de uma organização indevida da própria liberdade pelo filho – uma organização que passasse, nomeadamente, por comportar a possibilidade de lesar os bens no domínio de outrem. Mas esse significado já pode ser atribuído à organização que os pais querem fazer da sua (deles) liberdade; pois pretendem que ela comporte a possibilidade de intervir activamente, de modo lesivo, na esfera de outrem <sup>(303)</sup>.

Em resumo, a posição do filho merece o nosso favor por ser reconduzível ao mandamento básico do direito: não lesar o próximo; ou, se se preferir, a posição dos pais merece o nosso desfavor pelo motivo inverso <sup>(304)</sup>.

---

<sup>(303)</sup> É claro que a aceitação – hipotética – de que a proibição de os pais circuncidarem o seu filho resulta numa restrição efectiva do seu direito fundamental nos remete, em última análise, para um círculo vicioso: não podemos permitir a circuncisão, porque ela envolve uma lesão do direito à integridade física da criança; mas também não podemos proibi-la, porque tal resultaria numa lesão da liberdade religiosa dos pais. Pelo que a aceitação *a priori* de que as esferas de uma e outros comportam os direitos aqui em discussão torna muito difícil perceber o favorecimento, que defendemos no texto, da posição do menor, se não se tiver presente um factor determinante: a pretensão dos pais tem por objecto uma *intervenção activa* na esfera da criança, traduz-se em *fazer-lhe* algo; já a pretensão desta é puramente *passiva*. O maior desvalor comumente atribuído às acções – por comparação com as omissões – ajuda a compreender o desfavor que merece a posição dos pais. Aquele maior desvalor pode logo perceber-se atendendo ao artigo 10.º, n.º 2 e n.º 3. Mas não só: ele fica também denunciado na opção, maioritária na doutrina, de resolver os casos de conflito entre um dever de acção e um dever de omissão como sendo casos de direito de necessidade – é que essa opção só se explica pela pressuposição de que o dever de omitir prevalece, em princípio, sobre o dever de agir (v. Antonio CUERDA RIEZU, *La Colisión de Deberes en Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1984, 175 e ss.). Tivemos já oportunidade de defender [em “Do Conflito de Deveres Jurídico-Penal: Uma Perspectiva Constitucional”, *O Direito*, 144 (3), 2012 (673-727), 687 e ss.] que é mais adequada, para esses casos, a norma do artigo 36.º (conflito de deveres): mas não deixamos de aceitar o maior desvalor que, em princípio, a acção danosa assume face à omissão; só que a determinação da norma do artigo 36.º como critério aplicável, em detrimento do artigo 34.º (e, em concreto, dos requisitos nele enunciados), permite flexibilizar a ponderação face à diversidade problemática dos casos concretos, admitindo-se assim a possibilidade de se vir a aceitar a prevalência do dever de acção face ao dever de omissão. No caso da circuncisão religiosa, porém, nada contraria a presunção do maior desvalor da pretensão activa.

<sup>(304)</sup> É precisamente desta “condição mínima de juridicidade” (o dever de não lesar o próximo) enunciada como tal por HEGEL que parte JAKOBS para desenvolver um pensamento que, em grande medida, nos inspirou nestes últimos desenvolvimentos feitos no texto. Com base naquela condição mínima, JAKOBS afirma a existência de uma relação negativa entre todos os membros da sociedade. Os deveres que estruturam essa relação (e que se reconduzem ao referido dever básico de não lesar o próximo) representam o sinalagma da liberdade de organização de cada um: cada pessoa tem a liberdade de organizar os meios disponíveis na sua esfera de competência; e é essa liberdade que permite afirmar a sua responsabilidade quando a organização resulte em danos para outrem. A pessoa deve, no fundo, procurar manter a sua

### 7.3.4. (Continuação) A posição dos agentes enquanto pais do circuncidado e a criança como pessoa mais pequena

Dir-se-á que o nosso raciocínio assenta num pressuposto falso: o de que a criança é uma pessoa independente, capaz de subsistir por si mesma. Só aí, com efeito, parece fazer sentido invocar, por um lado, esta delimitação de esferas de liberdade, e, por outro, a proibição de os outros (os pais) interferirem no domínio sobre os próprios bens jurídicos que é atribuído a cada pessoa (neste caso, à

---

organização inofensiva para os outros: este é, para JAKOBS, o “preço da liberdade”. V. Günther JAKOBS, *La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión* (trad. de Javier Sánchez-Vera Gomez-Trelles), Universidad Externado de Colombia, 1996, sobretudo, 31 e ss.; *idem*, *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación* (trad. de Joaquín Cuello Contreras/José González de Murillo), 2.<sup>a</sup> ed. corrigida, Madrid: Marcial Pons, 1997, 258 e ss.

Que recorramos aqui às ideias de JAKOBS não implica que aceitemos a orientação funcionalista do seu pensamento; e que isto é possível pode já ver-se, por exemplo, no pensamento de Fernanda PALMA, autora que, rejeitando essa orientação funcionalista (v. Fernanda PALMA, *Direito Penal – Parte Geral*, Lisboa: AAFDL, 1994, 30 e ss.), não deixa de recorrer, na discussão de diversos problemas da doutrina do crime, às ideias referidas no parágrafo anterior, se bem que não chegando sempre aos mesmos resultados que JAKOBS: v., por exemplo, *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 2.<sup>o</sup> vol. (*A Teoria Geral da Infração como Teoria da Decisão Penal*), Lisboa: AAFDL, 2001, 68 e ss. e 91 e ss. No fundo, cremos que aquelas ideias oferecem uma lógica explicativa satisfatória porque traduzem, na sua essência, noções básicas de justiça que são comuns a diversos quadros de pensamento. Para além da autora acabada de citar, veja-se, a mero título de exemplo, o tratamento que ROXIN dá aos casos de “omissão através do fazer” – mais concretamente, aos casos de interrupção do processo de salvamento, em que o critério proposto para encontrar o limite entre comissão e omissão (questão com importantes consequências na análise da responsabilidade, atendendo ao artigo 10.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2 e n.<sup>o</sup> 3) se traduz na resposta à questão de saber se o processo de salvamento já alcançou a esfera da vítima: V. ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2.<sup>o</sup> vol. (*Besondere Erscheinungsformen der Straftat*), München: Beck, 2003, 662-663. Ou atente-se ainda no artigo 200.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, a apontar a solução de que a ingerência lícita, não constituindo genericamente (embora em certas situações isso aconteça) fonte de uma posição de garante [assim, André Lamas LEITE, *As «Posições de Garantia» na Omissão Impura – Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 277 e ss.; Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 946; A. Taipa de CARVALHO, anotação ao art. 200.<sup>o</sup> (Omissão de auxílio), in Figueiredo DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (1233-1255), 1240 e ss.], implica, *não obstante a licitude*, um maior desvalor da omissão que se lhe segue, na medida em que esta foi precedida de uma interferência lesiva na esfera de outrem (JAKOBS, Fernanda PALMA e Taipa de CARVALHO, aliás, chegam mesmo a considerá-la como possível fonte de posição de garante por esse motivo, ainda que com soluções não inteiramente coincidentes: v., do primeiro, *Derecho Penal – Parte General*, 982-983; da segunda, *Direito Penal – Parte Geral*, 2.<sup>o</sup> vol., 76 e ss.; do terceiro, *ibidem*).

Enfim, este pensamento de delimitação entre esferas de liberdade é perfeitamente enquadrável numa perspectiva liberal. Não nos parece ele, com efeito, nada distante – pelo contrário – do que já afirmava John Stuart MILL: “Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”<sup>1</sup>. A pessoa não poderia, para este autor, ser obrigada a fazer algo ou sujeita a algum tipo de violência, ainda que isso visasse o seu próprio bem, a não ser quando se tratasse de a impedir de causar dano a outrem: v. *On Liberty*, The Floating Press, 2009, 18-19. É verdade que MILL diz logo de seguida que esta doutrina não se aplica a crianças; mas esclarece: “Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury” (*ibidem*, 19). Pelo que nos parece isto ainda perfeitamente conforme ao nosso tratamento do problema da circuncisão religiosa, como resultará do que diremos sobre a objecção que apresentamos já de seguida no texto. Uma última nota para dizer que esta invocação do “harm principle” de MILL não tem de significar uma adesão aos argumentos utilitaristas deste autor para o sustentar: v., por exemplo, a crítica que NUSSBAUM faz, concretamente, às considerações de MILL sobre a utilidade social e sobre o progresso da espécie humana (garantindo esta última preocupação menos restrições à liberdade dos “génios”); crítica que, no entanto, não impede esta autora de sustentar um pensamento liberal sobre o espaço de liberdade garantido aos indivíduos que a própria considera ser “Millian in spirit”: Martha C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity – Disgust, Shame and the Law*, Princeton University Press, 2004, 322 e ss.



criança).

De facto, a criança carece do cuidado dos pais – não apenas para subsistir (mais ainda quando é um recém-nascido), mas também para ser educada. E para os pais poderem levar a cabo as tarefas envolvidas no cumprimento das funções de subsistência e educação têm, necessariamente, de assumir o domínio sobre os bens jurídicos do filho. Daí fazer todo o sentido o dever de obediência que os filhos têm em relação aos pais (artigo 1878.º, n.º 2, do CC), bem como as competências que a estes são atribuídas no âmbito das suas responsabilidades parentais, como o direito de educar os filhos (artigos 36.º, n.º 5, da CRP), que inclui mesmo a possibilidade de decidir sobre a educação religiosa (artigo 1886.º do CC). Pelo que, em suma, parece poder opor-se ao que dissemos que estamos, afinal, a tratar a criança como um adulto, como pessoa totalmente independente – o que ela, efectivamente, não é.

Esta objecção, porém, não procede. Concedemos, naturalmente, que os pais devem ter, em certa medida, o domínio dos bens jurídicos dos filhos. Mas esse domínio deve limitar-se ao necessário para assegurarem sua subsistência e a sua educação. As competências em causa são atribuídas aos pais com duas finalidades: proteger a autonomia da criança e protegê-la <sup>(305)</sup>.

As crianças são pessoas. Não são pessoas menores, mas apenas mais pequenas. Devem ser vistas como indivíduos que estão a ganhar progressivamente autonomia. E é precisamente nisso que as devem ajudar os pais. Pelo que os poderes destes de intervenção na esfera da criança não são os de quem dispõe arbitrariamente de uma coisa sua, mas sim aqueles orientados pelo dever básico que têm para com ela: o de cuidarem dela e dos seus bens jurídicos, de modo a que a criança, um dia, possa, enfim, organizar a sua esfera de competências e de liberdade como entender melhor. Pois a situação de dependência em que a criança se encontra em relação aos pais não lhe retira direitos face a estes – bem pelo contrário <sup>(306)</sup>.

É muito importante perceber que os pais não têm um usufruto parental sobre os bens da criança: têm, sim, em face desta, *responsabilidades* parentais. Durante a infância, os bens jurídicos da criança são já isso mesmo: da criança. Por isso, os pais não podem dispor deles como se fossem seus até a criança deixar de o ser.

Neste sentido, deve levar-se a sério a ideia de que o Direito da Filiação assenta, actualmente,

---

<sup>(305)</sup> Assim, Rosa MARTINS, *Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 181 e ss.

<sup>(306)</sup> Insistindo em que o facto de a vítima ser criança não diminui a gravidade das ofensas corporais que sofre (se bem que pensando nos castigos corporais), antes a aumenta, e em que a dependência das crianças relativamente aos pais não lhes dá o direito de as ofenderem, mas sim o dever de a educarem promovendo a sua autonomia, v. Maria Clara SOTTOMAYOR, “«Existe um Poder de Correção dos Pais?»”, *passim*.

numa “concepção filiocêntrica”, a repercutir-se na consagração expressa, em várias das suas disposições normativas, do princípio do superior interesse do menor <sup>(307)</sup>. O que inclui as responsabilidades parentais: também estas devem ser exercidas “no interesse dos filhos” (artigo 1878.º, n.º 1, do CC). A própria evolução terminológica – “responsabilidades parentais” em vez de “poder paternal” <sup>(308)</sup> – é bem significativa de como, de facto, nas posições dos pais em relação aos filhos não estão causa poderes de quem dispõe de um meio para alcançar os seus próprios fins, mas sim de competências cujo exercício deve ser altruisticamente orientado pelo interesse do menor <sup>(309)</sup>.

A ordenação do regime das responsabilidades parentais em torno do interesse do filho explica, deste modo, a elevada funcionalidade que o caracteriza, pelo que podemos concluir que se trata de um instituto destinado à protecção da criança e à promoção do seu desenvolvimento saudável <sup>(310)</sup> e da sua autonomia <sup>(311)</sup>, e não à fruição, por parte dos pais, de um bem ao seu dispor <sup>(312)</sup>.

No fundo, não é a relação de filiação que explica as competências atribuídas aos pais para tomar importantes decisões concernentes aos bens jurídicos do filho. É antes a posição de especial vulnerabilidade e carência de protecção que explica que, não tendo o menor autonomia para tomar as decisões em causa por si mesmo, a competência para as tomar deva caber a outra pessoa <sup>(313)</sup>. A relação de filiação não explica, então, essas competências; apenas explica o facto de elas deverem caber, em princípio, aos pais <sup>(314)</sup>.

---

<sup>(307)</sup> Jorge Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo - Lições*, 3.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2010, 138 e ss. Além das disposições indicadas no texto, veja-se também o artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>(308)</sup> Esta substituição foi introduzida pela Lei n.º 612008, de 31/10. Não obstante, a primeira designação ainda persiste, por exemplo, nos artigos 124.º e 1921.º do CC.

<sup>(309)</sup> V. Rosa MARTINS, *op. cit.*, 225 e ss.; Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 311-312 (criticando a utilização do termo “poder”); na jurisprudência, v., por exemplo, o ac. do TRG, de 19.2.2013 (Maria da Purificação Carvalho). Sobre a evolução do pátrio poder (*patria potestas*) em dois sentidos – no da passagem do poder (de dispor do filho como de uma coisa sua) para a função e da atribuição exclusiva daquele ao pai para a atribuição conjunta daquela ao pai e à mãe (o que não deixará de ser bom trazer também à colação nos vários casos de circuncisão em que o pai, por motivos religiosos, circuncida o filho contra a vontade da mãe, embora não seja um ponto decisivo), v. Maria de Fátima DUARTE, *O Poder Paternal – Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, Lisboa: AAFDL, 1989, 8 e ss.; Eduardo dos SANTOS, *Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, 509 e ss.; Filipe MONTEIRO, *O Direito de Castigo*, 15 e ss.

<sup>(310)</sup> Veja-se também o artigo 69.º, n.º 1, da CRP, a garantir à criança a protecção da sociedade e do Estado “com vista ao seu desenvolvimento *integral*” (itálico nosso) e o artigo 1885.º, n.º 1, do CC a dispor que “cabe aos pais (...) promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”.

<sup>(311)</sup> V. Duarte PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3.ª ed., .

<sup>(312)</sup> Faz assim também todo o sentido que a Constituição não se limite a atribuir aos pais a educação dos filhos como um direito, especificando também que se trata de um dever que lhes compete (juntamente, aliás, com o dever de manutenção): artigo 36.º, n.º 5.

<sup>(313)</sup> O que se percebe, por exemplo, atendendo a que a sujeição às responsabilidades parentais cessa com a maioridade ou a emancipação: artigo 1877.º

<sup>(314)</sup> Por outras palavras: o facto de uma pessoa ser filha de outra não justifica a subordinação da sua posição à dessa outra – pois então não se perceberia, por exemplo, porque há-de terminar essa sujeição com a maioridade, visto que a maioridade não faz cessar a relação de filiação. O que explica a necessidade daquela sujeição é antes a situação de dependência do menor. A relação de filiação apenas interessa para determinar a quem há-de estar sujeito o menor,

Tendo isto em conta, não pretendemos negar a liberdade que os pais têm no quadro das decisões possíveis sobre a prossecução do bem-estar do menor. As responsabilidades dos pais não se traduzem, com efeito, em opções imediatamente condicionadas à partida. Cabe-lhes um considerável espaço de autonomia para decidir sobre opções importantes no que concerne à vida do menor e à sua religião <sup>(315)</sup>.

Assim, prosseguindo com o exemplo da liberdade religiosa, não obstante a Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 14.º, n.º 1, atribuir à criança essa mesma liberdade, é pacífico <sup>(316)</sup> que os pais poderão educá-la nas práticas e convicções próprias da sua (deles) religião. Por outro lado, ainda que o n.º 2 daquele artigo 14.º apenas atribua aos pais o direito e dever de orientarem a criança no exercício da sua (dela) liberdade, aceitamos também que os pais possam obrigar a criança a frequentar a catequese ou as celebrações religiosas, mesmo contra a sua vontade. E aceitamos até que a possam educar segundo uma lógica fundamentalista de fechamento a outras religiões ou às “verdades” da ciência <sup>(317)</sup>.

O que não podemos aceitar é que a liberdade de decisão dos pais se estenda à possibilidade de optarem por sujeitar a criança a uma intervenção cirúrgica de consequências irreversíveis e não medicamente indicada, pois tal vai claramente contra o interesse do menor. No que respeita à integridade física do filho, os pais devem cuidar da sua manutenção, não da sua danificação.

Reconhecemos que poderá ser difícil, em muitos casos, traçar a linha delimitadora da liberdade dos pais. O caso da circuncisão religiosa não é, porém, um deles.

A única situação em que os pais poderão optar por sujeitar a criança a uma intervenção cirúrgica é aquela em que esta for medicamente indicada, realizada segundo as *leges artis*, por um médico ou outra pessoa legalmente autorizada e com finalidade terapêutica. A remoção irreversível de uma parte saudável do corpo da criança está-lhes, portanto, proibida. Uma intervenção desse género pressupõe, para ser legítima, que o seu autor tenha a possibilidade de dispor do bem jurídico que só tem aquele a quem o bem pertence. Por isso, dizer que os direitos dos pais sobre o seu filho lhes permitem sujeitá-lo à circuncisão religiosa implica defender que a criança é uma pessoa menor, na disposição dos pais e das suas convicções, independentemente da medida em que estas se repercutam na lesão dos bens jurídicos daquela.

---

valendo aí o entendimento comum de que os pais têm uma “vocação natural” para cumprir as tarefas de cuidar do menor, protegê-lo e promover a sua autonomia: v. Rosa MARTINS, *op. cit.*, 175 e ss.

<sup>(315)</sup> V. Duarte PINHEIRO, *op. cit.*, 321-322.

<sup>(316)</sup> É legal: artigo 1886.º do CC e artigo 18.º, n.º 4 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos.

<sup>(317)</sup> Note-se que apenas nos interessa aqui a perspectiva jurídico-penal, pelo que não nos importa saber se este tipo de opções serve ou não o bem do menor, mas sim se elas poderão fundamentar a responsabilidade penal dos pais.

Exactamente do mesmo modo que um casal não pode decidir circuncidar o filho dos vizinhos – por maior que seja a sua convicção de que isso é necessário e benéfico para ele –, também não pode fazê-lo ao seu próprio filho, porque, como acabámos de ver, a relação paterno-filial não lhes confere esse direito. E tendo em conta os deveres resultantes dessa relação, diremos mesmo que eles estão proibidos de o fazer, *não apesar* de serem os pais, mas *ainda mais* por o serem.

Assim, não estamos a tratar a criança como um adulto, mas sim como um adulto potencial. A criança é uma pessoa dependente, mas a autonomia e capacidade para escolher que terá o adulto que ela vai ser devem ser protegidas agora. Por isso, a criança tem, de acordo com FEINBERG, um “direito a um futuro aberto”, i. e., um direito genérico a não ser privada da possibilidade de decidir um dia, por si mesma, sobre opções importantes para a sua vida <sup>(318)</sup>.

A perspectiva acabada de referir permite explicar, por exemplo, porque não podem as Testemunhas de Jeová negar a transferência de sangue necessária para salvar a vida do filho. Com efeito, tal negaria ao filho a possibilidade de um dia escolher por si mesmo se quer ou não obedecer aos preceitos religiosos que proíbem a dita transfusão (em rigor, isto negaria ao filho toda e qualquer possibilidade, visto que ele morreria) <sup>(319)</sup>.

Robert DARBY aplicou o pensamento de FEINBERG (tomando em conta os desenvolvimentos que lhe deram autores como DAVIS ou DWYER em áreas específicas dos direitos das crianças) aos casos de circuncisão não medicamente indicada <sup>(320)</sup>. Para explicar que o direito a um futuro aberto da criança inclui o direito a não ser sujeito a esta cirurgia, visto que, sendo ela irreversível, impediria a própria criança de, mais tarde (em Portugal: quando completasse 16 anos), poder decidir por si mesma sobre submeter-se ou não a tal operação. No caso de os pais violarem esse direito, a criança teria de viver o resto da vida com (a marca corporal de) uma escolha que os pais fizeram por si <sup>(321)</sup>.

---

<sup>(318)</sup> V. Joel FEINBERG, “The Child’s Right to an Open Future”, in *Freedom & Fulfilment – Philosophical Essays*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press 1992 (76-97): «It is the adult he is to become who must exercise the choice, more exactly, the adult he will become if his basic options are kept open and his growth kept “natural” or unforced. In any case, that adult does not exist yet, and perhaps he never will. But the child is *potentially* that adult, and it is that adult who is the person whose autonomy must be protected now (in advance)» (78).

<sup>(319)</sup> Na verdade, FEINBERG analisa um caso envolvendo Testemunhas de Jeová bem mais complicado: tratava-se da recusa, por parte de um homem, de permitir a transfusão de sangue necessária para salvar a mulher (seguidora da mesma religião), sendo que o casal tinha três crianças (v. *idem*, 80-81). Aplicando a doutrina de FEINBERG como o fazemos no texto ao caso mais simples das Testemunhas de Jeová, Dena DAVIS, “Genetic Dilemmas and the Child’s Right to an Open Future”, *Rutgers Law Journal*, 28 (2), 1997 (549-592), 563-564.

<sup>(320)</sup> V. Robert DARBY, “Parental Authority”.

<sup>(321)</sup> V. *idem*, 19. Desta perspectiva, podemos concordar com BEULKE e DIEßNER quando sustentam (contra JEROUSCHEK) que a criança já tem o direito de liberdade religiosa; simplesmente, não podendo ela exercê-lo (sobretudo quando recém-nascida), e ao contrário do que estes autores defendem, a solução não é admitir que os pais o exerçam no seu lugar (Werner BEULKE/Annika DIEßNER, « „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen “, 344) – não, pelo menos, quando tal se traduza em sujeitar a criança a uma mutilação irreversível. Com efeito, sendo este, na terminologia de

Dir-se-á que estamos a realizar uma ponderação indevida. Pois estamos a fazer assentar a nossa argumentação no pressuposto da existência de um conflito entre o direito à integridade física da criança e a liberdade religiosa dos pais. Há quem defenda, porém, que as coisas não têm de ser perspectivadas deste modo.

Marianne HEIMBACH-STEINS defende que as intervenções na integridade corporal da criança carecem, em geral, de uma justificação séria, que nunca poderá dispensar o juízo de prossecução do interesse da criança. Contra perspectivas como a de DARBY (ainda que sem referir este autor), porém, contrapõe que a criança deve ser considerada como tal e não como o adulto que se espera que vá ser <sup>(322)</sup>.

Considera HEIMBACH-STEINS que a argumentação com base na ideia de autonomia está baseada numa visão parcial ou pré-judicada da pessoa – como indivíduo independente – que nos leva a desconsiderar a importância que a pertença social, cultural e religiosa pode ter na formação da identidade do sujeito, negligenciando-se o importante papel dos relacionamentos humanos e ambiente social em que se baseia cada vida individual <sup>(323)</sup>. Desta perspectiva, não faz sentido encarar as opções religiosas como decisões privadas, que dizem respeito apenas a cada um e que, portanto, devem ser preservadas da interferência dos outros. Tal levaria, no limite, a privar a criança de experimentar a pertença religiosa, sob o pretexto de se estar a proteger a sua própria liberdade <sup>(324)</sup>, e, assim (parece-nos ser este o argumento), a privá-la de experiências fundamentais na formação da sua própria identidade <sup>(325)</sup>.

Não cremos, porém, que isto invalide o que dissemos. Com efeito, mesmo considerando a criança como criança – e não como futuro adulto –, é precisamente como criança que ela sofre a lesão corporal envolvida na circuncisão, pelo que isso não invalida em nada o que vimos dizendo. Por outro lado, ninguém pretende negar aos pais a legitimidade que têm para conduzirem os filhos (pelo menos até uma certa idade) pelos caminhos religiosos que bem entenderem. Apenas se quer frisar que eles só o poderão fazer até ao ponto em que esse encaminhamento colida com o superior

---

FEINBERG, um “right in trust”, o que os pais devem fazer é assegurar que a criança venha a ter a possibilidade de tomar a opção de se deixar circuncidar – não é eliminar essa possibilidade antes de ela lhe aceder. O que, de resto, nem carece de complicadas construções dogmáticas para ser entendido: a liberdade religiosa é uma liberdade; e a liberdade é exercida pelo próprio. Nem faz sentido invocar o paralelismo com casos como o do baptizado (v. *ibidem*): é verdade que, da perspectiva de FEINBERG, a opção de baptizar a criança pode parecer criticável. Só que essa opção não coloca nenhum problema jurídico-penal, ao contrário da circuncisão. Assim, não procede o argumento da liberdade religiosa da criança.

<sup>(322)</sup> V. Marianne HEIMBACH-STEINS, “Religious Freedom”, 8.

<sup>(323)</sup> V. *ibidem*.

<sup>(324)</sup> V. *idem*, 9.

<sup>(325)</sup> No resto do trabalho, a autora salienta a importância que o ritual da circuncisão assume nas comunidades judaica e muçulmana (concentrando-se no caso dos judeus) e insiste na importância de se levar a sério a liberdade religiosa. Como já vimos e confirmaremos de seguida, porém, este direito não pode justificar aquela intervenção.

interesse do menor.

A autora pretende que a circuncisão não vai necessariamente contra o interesse do menor, e que partir desse princípio é abdicar de a situar no seu contexto cultural, tecido por relacionamentos humanos e tradições que constroem a identidade dos seus participantes (incluindo a criança). No fundo, HEIMBACH-STEINS tem uma atitude relativista quanto ao apuramento do interesse do menor<sup>(326)</sup>: a ponderação sobre este tem de ser contextualizada culturalmente.

A ser levada a sério, esta ponderação esvaziaria por completo a invocação do interesse do menor: tudo corresponderia ainda a este interesse, desde que contextualizado. Esta mesma lógica argumentativa permitiria fundamentar que a excisão serve ainda o interesse de uma criança a ela sujeita: apenas teríamos de atender à importância que essa prática tem nas comunidades onde é realizada – onde, aliás, a demonstração ficaria facilitada: pois não serve a excisão, segundo os seus praticantes, para prevenir o ostracismo? Para permitir à excisada casar e ter filhos? Para ter, enfim, uma vida integrada na comunidade respectiva? Não se traduz nisto (talvez de modo até ainda mais evidente) a argumentação citada para explicar a possibilidade de, através da circuncisão, se prosseguir ainda o interesse do menor?

A nossa Ordem Jurídica assenta na base forte da dignidade humana e constrói-se em pilares que nela têm o seu ponto íntimo, como o direito à integridade física e a liberdade. Com base nestas opções fundamentais, as directrizes normativo-jurídicas que regem casos como estes são claras: estando em causa mutilações graves, irreversíveis e não medicamente indicadas, a sujeição às mesmas tem de resultar de uma decisão do próprio. Elas não podem, pura e simplesmente, ser impostas por outrem, seja em que contexto for<sup>(327)</sup> <sup>(328)</sup>.

---

<sup>(326)</sup> Não surpreende, assim, que, na linha de FATEH-MOGHADAM, venha criticar o Tribunal de Colónia por reduzir a ponderação sobre o interesse do menor à consideração das vantagens e desvantagens médicas da intervenção: v. *idem*, 3-4. Também outros autores adoptam, no essencial, esta visão relativista: v., por exemplo, SWATEK-EVENSTEIN, “Das beschnittene Recht”; Katrin LACK, “Rechtliche Überlegungen”, 340-341.

<sup>(327)</sup> Também é de criticar a implícita equiparação que a autora faz entre o contexto médico de uma lesão corporal e o contexto religioso (“the corporal intervention (...) is a practice which has to be evaluated within a *context* that makes it meaningful – be it a medical or healthcare context or a religious one or whatever other determining factors at stake”: v. *idem*, 6-7). Pois há uma explicação para as intervenções médicas curativas serem atípicas: é que tratando-se nelas de conseguir uma melhoria da condição global do bem jurídico, pode aceitar-se que não haja uma adequação problemática do critério penal pensado para condutas que ofendem esse mesmo bem jurídico. Mesmo assim, note-se, a atipicidade não deixa de estar sujeita à verificação de certas condições, como já sabemos.

<sup>(328)</sup> Assim, parece-nos inaceitável a posição de Katrin LACK, quando defende que os direitos dos pais em relação aos filhos são direitos de liberdade em que o Estado não se deve intrometer, excepto quando a decisão em causa implique um perigo duradouro (“nachhaltige Gefährdung”) para a criança. Com base nesse entendimento, a autora acaba por conferir importância decisiva ao facto de as consequências físicas e traumáticas da circuncisão (além da lesão em si) estarem por provar em definitivo (v. *op. cit.*, 338 e 341-342; cfr. SCHWARZ, “Die religiöse gebotene Beschneidung”, 110-112). É que só verificando-se aquele perigo duradouro, segundo a autora, se pode ir contra a presunção de que os pais servem o interesse da criança. Como explicamos no texto, porém, posições como esta conduzem a um perigoso esva-

Por muito essencial que seja esse ritual na comunidade de origem, a excisão continua a dever ser considerada ilícita; tal como seria sempre ilícita a escravatura, mesmo num grupo social que a praticasse, em que os escravos garantissem que se sentiam muito felizes e realizados sendo escravos e assegurando que a escravatura era uma experiência fundamental na sua experiência intersubjectiva de auto-compreensão; tal como cortar a mão de uma criança não poderia ser justificado pelo simples facto de ela viver numa comunidade de manetas e a sua integração ficar muito favorecida com a amputação; tal como, enfim, a circuncisão não deixa de ser ilícita pelo contexto em que é praticada.

Cremos, de todo o modo, que a própria HEIMBACH-STEINS acaba por não levar até ao fim a sua própria argumentação, visto que passa depois a basear-se na liberdade religiosa. Só que é ela mesma a dizer que este direito não pode por em causa a ordem jurídica no seu todo. Ora, é isso que acontece com a invocação da liberdade religiosa no caso da circuncisão.

Aquela argumentação pode, porém, lançar-nos numa outra linha de interrogação, mais radical do que a sugerida pela autora: até que ponto não traduzem estes nossos pontos de vista a imposição ilegítima de uma certa concepção da pessoa a determinadas minorias religiosas e/ou culturais? Não terá razão de ser a invocação de que estamos a basear-nos numa certa ideia de autonomia e liberdade que não são constitutivas destas minorias?

Pela radicalidade das implicações destas questões, elas deverão merecer uma consideração à

---

ziamento do princípio da protecção do superior interesse do menor, tirando-lhe qualquer conteúdo prático. No fundo, o problema de posições como as de LACK ou FATEH-MOGHADAM (que analisámos *supra*) é o facto de os seus autores estarem preocupados, sobretudo, em garantir uma margem de liberdade dos pais face às crianças, não percebendo que a linha orientadora deve ser a inversa e que as competências atribuídas aos pais estão funcionalizadas à protecção e promoção da autonomia dos seus filhos. Aquele erro de perspectiva leva LACK a admitir que os pais podem mutilar os filhos, desde que invoquem que isso serve o bem deles (sem necessidade de explicar o modo como isso acontece) e desde que a mutilação não tenha outras consequências que não a de deixar a criança mutilada (permanentemente). A verdade, porém, é que a relação paterno-filial, por si só, não garante que o agente saiba automaticamente o que é melhor para a criança (v. David William ARCHARD, *Children, Family and the State*, Aldershot: Ashgate, 2003, 48). Podemos admitir que certos factores nos levam a aceitar a presunção de que os pais devem poder decidir sobre essa questão (v. *ibidem*); mas essa presunção não pode ter a força suficiente para nos levar a admitir que eles podem sujeitar a criança a lesões corporais de tal gravidade: se a operação pode ser adiada, então deve sê-lo para um período em que o próprio visado tenha o discernimento necessário para poder decidir se quer ou não ser circuncidado. No fundo, se admitirmos que os pais têm poderes funcionalizados à prossecução do bem-estar da criança, mas em simultâneo admitirmos que eles próprios decidem o que serve esse bem-estar, com uma margem de liberdade de decisão tão abrangente como a que os autores referidos pretendem, estamos, na prática, a prender alguém entregando-lhe a chave da cela. O interesse do menor torna-se uma ficção útil para descarga de consciências, sem qualquer papel efectivo que não o de legitimar (quase) todo o tipo de actuações dos pais sobre os seus filhos. Em suma, o facto de os pais gozarem de uma presunção de acerto sobre o que corresponde ao bem da criança não deve servir como pretexto para alargar desmesuradamente as suas possibilidades de decisão, mas sim, ao invés, para termos uma especial cautela na vigilância das suas opções; porque se entregamos a chave da cela ao prisioneiro, temos de o vigiar com mais cuidado. Por isto, estão condenadas ao insucesso todas as tentativas, como as dos autores referidos, de tentar explicar por via do significado cultural da circuncisão que esta ainda serve o bem da criança – na medida em que isso não muda em nada o facto de que continuam a ser os pais a atribuir-lhe esse significado, não o circuncidado; ou seja, essa importância da circuncisão não nos diz que ela serve, efectivamente, o interesse da criança.

parte – fora da discussão que vínhamos levando a cabo. Pois elas implicam já questionar as próprias bases valorativas em que assenta a ponderação dos direitos que vínhamos realizando.

### **7.3.5. (Continuação) Restrição dos direitos fundamentais e dignidade humana dos envolvidos**

No ponto anterior vimos que o facto de a criança ser uma pessoa numa situação de dependência face aos seus pais não invalida as considerações que fizemos sobre o desmerecimento que associamos à posição destes; pois eles não estão a exercer os seus direitos-deveres face à criança, mas sim a arrogar-se a liberdade de dispor dos bens jurídicos desta como se fossem seus. Vale para eles, assim, o que dissemos sobre o desvalor atribuído à posição de quem perturba a delimitação entre esferas de liberdade lesando activamente os bens jurídicos de outrem, interferindo, desse modo, no âmbito de organização alheio.

Estes desenvolvimentos ligam-se a um segundo factor, que deverá influenciar a ponderação sobre se deve ceder o direito fundamental dos pais ou o da criança. Trata-se de considerar a medida em que a possível restrição poderá afectar a dignidade do titular do direito em causa. Note-se que, constituindo os direitos fundamentais aqui em conflito decorrências do princípio da dignidade da pessoa humana, em última análise, uma restrição de um desses direitos poderá sempre resultar numa afectação mais ou menos significativa da dignidade da pessoa.

Também este factor nos leva a favorecer a posição da criança. A sua situação especial, caracterizada pela impossibilidade de se defender e de se autodeterminar – e, no caso do recém-nascido, a incapacidade de tomar de algum modo consciência da sua existência e dignidade – explicam, como já referimos, a necessidade da sua protecção reforçada <sup>(329)</sup>. Em face disto, podemos considerar que a aceitação da possibilidade de os pais submeterem o seu filho à circuncisão religiosa – na medida em que tal constituiria ainda exercício da sua liberdade religiosa – implica a defesa da legitimidade de uma ofensa à dignidade dessa criança.

Não se trataria apenas, com efeito, de aceitar a licitude de um direito de lesar a integridade física de outrem. Tratar-se-ia, além disso, de defender que os pais podem impor à criança a sua própria decisão sobre a sujeição desta a uma intervenção (medicamente desnecessária) que lesa grave e irreversivelmente o seu corpo.

---

<sup>(329)</sup> V. Paulo OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina (reimpr.), 2009, 553.



Essa decisão deve, porém, caber à própria pessoa. Se a pessoa não tem ainda a autonomia e a capacidade de razão suficientes para decidir por si própria submeter-se a uma tal operação, a solução não pode ser a de encontrar outra pessoa que tome essa decisão por ela, pois tal não respeita a sua autonomia em construção. A única resposta compatível com a defesa e preservação da criança como pessoa digna – e, como tal, com o direito de tomar a decisão de se submeter a uma lesão corporal desnecessária – é a de garantir que ela terá a possibilidade de tomar essa decisão quando se tornar uma pessoa verdadeiramente autónoma – isto é, quando tiver a capacidade de consentir.

Assim, a solução de permitir que os pais submetam o filho à circuncisão religiosa implica aceitar que eles possam substituir a sua própria decisão à dele, desrespeitando-o como pessoa autónoma e de vontade própria.

Dir-se-á, contra isto, que muitos pais não se movem pelo propósito de se substituírem ao filho nessa decisão – ou, mesmo que o façam, não se trata apenas disso. Trata-se, sobretudo, em muitos de casos, de cumprir um mandamento religioso que impende sobre os próprios pais. Não está em causa (ou não apenas) impor uma decisão arbitrária sobre o que é melhor para a criança, mas sim cumprir uma obrigação: a de circuncidar o filho.

Ora, em primeiro lugar, esta mudança de perspectiva não muda em nada o que antes se disse. Mesmo que os pais não se movam por tal lógica, a verdade é que o efeito reflexo da sua conduta é o desrespeito pela autonomia do menor e, portanto, da sua dignidade. Em segundo lugar, no que especificamente concerne a esta nova perspectiva, podemos dizer que ela só agrava a questão. É que então está confirmado que o filho é, senão visto, pelo menos tratado como objecto. Se o que importa é cumprir a obrigação religiosa, independentemente dos efeitos lesivos que isso implique para a criança, então fica realmente muito próxima a constatação de que esta é apenas um meio para cumprir o mandamento religioso – com total desconsideração pela indisponibilidade dos seus bens jurídicos essenciais para a prossecução de fins alheios <sup>(330)</sup>.

---

<sup>(330)</sup> É apenas nesta medida que podemos entender que a circuncisão religiosa constitui um tratamento “degradante” (v. artigo 25.º, n.º 2, da CRP) da criança. Não se trata de ver esta conduta como “bárbara” ou “anacrónica” – tais epítetos parecem denunciar um pré-juízo de superioridade da cultura a que pertence quem os profere –, nem como “humilhante” – tal atributo pressuporia que à circuncisão fosse atribuído um significado que ela, na verdade, não tem, e não apenas nas comunidades onde é praticada, como também na nossa sociedade em geral. Trata-se, sim, de constatar que a circuncisão religiosa traduz um desrespeito pela dignidade da criança, na medida em que é desconsiderada a sua autonomia (a impor que se assegure a possibilidade de ser ela a decidir um dia, por si mesma, se quer ou não sujeitar-se a esta mutilação) e em que ela é utilizada como mero objecto do cumprimento do mandamento religioso. Defendendo que a circuncisão religiosa atenta contra a dignidade da criança, mas por outros motivos, Günter JEROUSCHEK, “Beschneidung und das deutsche Recht. Historische, medizinische, psychologische und juristische Aspekte”, *NSZ*, 28 (6), 2008 (313-319), 319 (com base na ideia de que a operação deixa uma marca diferenciadora permanente na criança, criando um efeito estigmatizador). Contra (defendendo não estar em causa a dignidade da criança), mas sem razão (por nem sequer considerarem os aspectos que acabamos de resumir), BEULKE/DIEßNER, *op. cit.*, 344. Negando haver uma ofensa à dig-

Já relativamente aos pais, no que respeita a uma eventual proibição da circuncisão religiosa, não podemos fazer o mesmo tipo de juízos, por uma razão muito simples: não pode constituir uma indignidade a obrigação de tratar outrem como ser digno. Ora, pelo que acabou de se dizer, trata-se, efectivamente, de obrigar os pais a tratarem como ser digno e autónomo o seu filho.

Por estes motivos, não hesitamos em concluir que devemos dar preferência à posição da criança, recusando assim a legitimidade da lesão corporal desta e aceitando a restrição da liberdade religiosa dos pais. Restrição que não carece, como se vê, de motivos legitimadores fortes <sup>(331)</sup>.

---

nidade da criança, na medida em que ela não é tratada como um objecto, mas sim como membro da comunidade, Katrin LACK, “Rechtliche Überlegungen”, 342; a nosso ver, esta posição assenta numa perspectiva radical do indivíduo como sendo pessoa apenas na medida em que é um membro da sua comunidade, desconsiderando valores essenciais de autonomia adquiridos pelo nosso sistema jurídico, que impõem que decisões de capital importância sejam, sempre que possível, deixadas para o arbítrio do visado.

<sup>(331)</sup> Tanto quanto sabemos, GERMANN é o único autor que coloca correctamente o problema da constitucionalidade do juízo concreto de afirmação da ilicitude da circuncisão religiosa, a carecer de justificação nos termos impostos para qualquer intervenção restritiva em direitos fundamentais (“Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 84 e ss.). A ponderação que leva a cabo mostra-se, deste ponto de vista, bem estruturada, acabando por claudicar, porém, num ponto decisivo. Entende o autor que não há motivo legítimo para restringir a liberdade religiosa dos pais: tal só poderia ser afirmado estando em causa danos corporais que, segundo as representações de valor comuns, se pudessem dizer graves e inaceitáveis (“nach allgemeinen Wertvorstellungen unerträglich schwerer körperlicher Schäden”: *idem*, 93). Só que assim somos remetidos de novo para o valor das concepções sociais e passa a valer contra esta posição tudo o que já dissemos a este propósito quando analisámos a posição de EXNER (v. *supra*). Em estudo mais recente e desenvolvido, mas ainda por publicar (“Die Vorgaben des Grundgesetzes für die Beschneidungsdebatte”), porém, a expressão que citámos já não aparece e o autor entende agora que a prevenção de uma lesão corporal só poderia ser motivo legítimo para restringir a liberdade religiosa se a gravidade e permanência das consequências prejudiciais dessa lesão estivessem comprovadas ou houvesse um elevado grau de probabilidade quanto a elas. Deriva isto do facto de, em matéria de restrições a direitos fundamentais, o legislador ter de se basear em juízos seguros sobre os motivos para operar a restrição. Ora, em face da muita discussão e poucas certezas sobre as consequências prejudiciais da circuncisão, conclui o autor que esta intervenção está ainda legitimada pela liberdade religiosa e pelos direitos dos pais sobre os filhos (v. *idem*, 16 e ss.). Apesar de esta nova argumentação nos parecer mais meritória que a anterior, não cremos, no entanto, que proceda. Em primeiro lugar, mesmo que não houvesse motivo legítimo para restringir (por meios penais) a liberdade religiosa dos pais, tal não permite retirar a conclusão que o autor apresenta: a de que os pais têm o direito de realizar a circuncisão. É que esta é uma questão diversa: já não se trata de saber se se pode punir alguém por ter praticado uma conduta com consequências incertas, mas sim se uma pessoa tem o direito de lesar corporalmente outra. E nesta questão o ónus da prova já recai sobre quem invoca o direito: é quem pretende lesar corporalmente a criança que tem de provar que tal ainda vai de encontro ao interesse desta, *especialmente* quando há dúvidas sobre as consequências físicas e traumáticas duradouras dessa lesão. A liberdade religiosa e as responsabilidades parentais não invalidam em nada este juízo, porque tais institutos não nos dizem absolutamente nada sobre se aquelas consequências têm ou não lugar e, portanto, não contam para saber se o interesse do menor é efectivamente prejudicado ou não. Em segundo lugar, a verdade é que há um motivo válido para restringir a liberdade religiosa dos pais (mesmo que não através da punição): evitar a mutilação irreversível a que a criança é sujeita. O autor dispensa muito rapidamente este ponto: começa por admitir que a perda irreversível de substância corporal agrava a lesão, por comparação com ofensas leves e não permanentes; mas logo a seguir afirma que o interesse na manutenção da integralidade do corpo se reconduz a um “ideal abstracto”, cuja defesa se prende já com padrões subjectivos e, por isso, deve ser deixada no arbítrio dos titulares das responsabilidades parentais (v. *idem*, 17). Ora, isto reconduz-se, no fim de contas, a aceitar que os pais podem mutilar livremente os seus filhos (tirando-lhes dedos dos pés, por exemplo), apenas porque acham melhor (acham que as pessoas sem dedos dos pés são muito mais bonitas), desde que não se prove que as consequências vão além da mutilação em si. Não há, porém, direito nenhum que eles tenham que possa justificar atribuir-lhes tal possibilidade (v. *supra*, nota 328; note-se, aliás, que é o próprio autor quem, a dada altura, afirma que a efectivação de exigências mínimas de protecção do bem-estar físico da criança é tão importante que prevalece sobre as prerrogativas jusfundamentais dos pais em matéria de determinação do bem do menor: v. “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 92). Até podemos concordar

Deste modo, podemos concluir que a liberdade religiosa dos agentes não lhes confere a possibilidade de circuncidarem uma criança por motivos religiosos, na medida em que prepondera o direito à integridade física desta. Também não lhes confere essa possibilidade nenhum dos direitos que lhes competem enquanto pais, visto que se trata aí de verdadeiros poderes funcionais – orientados para a prossecução do interesse do menor – e não de possibilidades de dispor de uma coisa sua.

### 7.3.6. A coerência da solução obtida face ao tratamento de problemas próximos

Esta solução – rejeição da pretensão de que a circuncisão religiosa é realizada no exercício de um direito e, como tal, tem de ser lícita – é conforme ao travejamento dogmático do tratamento do problema da justificação de condutas típicas, bem como às orientações materialmente decisórias já apontadas para casos problematicamente próximos.

É verdade que em muitos casos de justificação é aceite como lícita uma lesão corporal; e é também verdade que, por exemplo, nos casos de direito de necessidade, a justificação é aceite apesar de a pretensão do sacrificado ser meramente passiva. Só que nesses casos há sempre, pelo menos, o perigo de uma lesão efectiva dos bens jurídicos do agente. Isto não acontece nos casos de circuncisão religiosa, visto que a liberdade religiosa é encarada como oferecendo uma protecção meramente *prima facie*. E ainda que aceitássemos que também aqui há um perigo de lesão efectiva (da liberdade religiosa), a verdade é que as nossas ponderações já permitiram concluir que o interesse dos pais não é superior – nem, muito menos, “sensivelmente superior” – ao da criança.

Por outro lado, não pode também funcionar a justificação por conflito de deveres (artigo 36.º, n.º 1). Podemos aceitar – e aceitamos, de facto – a invocação de que conflituam dois deveres em muitos casos de circuncisão religiosa (em todos aqueles em que o próprio agente encare esta prática como uma obrigação): o dever de omitir a lesão corporal e o dever (religioso) de proceder à circuncisão. Simplesmente, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar que o dever jurídico (neste caso, o dever de omissão) deve prevalecer sobre o dever não jurídico. E não há razões para

---

com a afirmação de que o valor da manutenção da integralidade corporal, por mais fundamental que seja na nossa Ordem Jurídica, depende de valorações subjectivas; no entanto, isso não confere aos pais o direito de imporem aos filhos a sua própria (des)valoração da integralidade corporal: é o próprio filho a única pessoa que pode decidir que valoração subjectiva vai adoptar, visto que o corpo que está em causa é o seu, não o dos seus pais. Por último, note-se que a restrição, de todo o modo, não se justifica apenas pela irreversibilidade da lesão corporal, mas logo pelo simples facto de essa lesão corporal ter lugar. É que já isso nos obriga a considerar a protecção da integridade física da criança como possível motivo legitimador da restrição aos direitos fundamentais dos pais. A partir daí, há que fazer uma ponderação para decidir qual deve ceder e, pelos motivos que explicámos no texto, não pode ceder a integridade física do menor.

contrariar esse juízo nos casos de circuncisão religiosa <sup>(332)</sup>.

Pensando agora nos casos problematicamente mais próximos – os da excisão <sup>(333)</sup> –, a nossa solução sai reforçada. Fica muito difícil perceber, com efeito, porque hão-de ter certos agentes um direito a circuncidar o seu filho por motivos religiosos e/ou culturais, mas já não poderão ter outros agentes o direito de excisar as suas filhas. Não há, de facto, motivo para tal disparidade – pelo que não deixam de ter razão, nesta medida, os praticantes da excisão, quando lembram a normalidade com que a circuncisão religiosa é encarada para reclamarem para si o mesmo direito <sup>(334)</sup>.

### 7.3.7. A hipótese do direito à cultura

---

<sup>(332)</sup> Também SCHWARZ esboça um conflito entre o dever de não lesar corporalmente e o dever religioso de praticar a circuncisão. Considera que este conflito deve ser decidido nos termos da ordenação axiológica constitucional nos casos de circuncisão religiosa. Destaca a ordenação da liberdade de consciência ao mandato de tolerância – o que resulta na imposição à Ordem Jurídica de tolerar as condutas que não se mostrem diametralmente opostas ao sistema de valores. Segundo o autor, nos casos de circuncisão religiosa, é especialmente pertinente a proibição de violência (*neminem laedere* – não lesar o próximo) como limite à invocação de direitos fundamentais (“Die aus religiösen Gründen gebotene Beschneidung”, 113-114). Temos por correctas estas linhas de raciocínio (embora com dúvidas sobre a referência ao mandato de tolerância) – cremos que elas resumem perfeitamente a ponderação que há que fazer. Só que tendo em conta aqueles elementos, é para nós inexplicável que o autor conclua pela legitimidade da prática da circuncisão religiosa. Sobre a inutilidade de um princípio de tolerância para limitar a realização (punitiva) do direito penal (tendo em conta os instrumentos de que o juspenalista já dispõe), v. Wolfgang FRISCH, “¿La Tolerancia como Principio Limitador del Derecho Penal?” (trad. de Ricardo Robles Planas), in Ricardo Robles Planas (ed. espanhola), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (145-161); para uma crítica a este artigo, v. Andrew von HIRSCH, “Tolerancia como *Mediating Principle*”, trabalho publicado na mesma obra (163-176), 165 e ss.

<sup>(333)</sup> Por vezes invoca-se a comparação com outros casos. Assim, por exemplo, LILIE (“Vom Flügelschlag eines Schmetterlings zum Sturm”, 1 e ss.) estabelece um paralelo com o caso da interrupção voluntária da gravidez (ainda que não pareça retirar daí consequências). Há, no entanto, uma diferença importante entre os dois casos, já que a mulher grávida pode sempre invocar os riscos para a sua própria saúde que uma gravidez implica. Este factor é, na nossa perspectiva, decisivo para diferenciar as ponderações em ambas as situações.

<sup>(334)</sup> Este argumento deve levar-se muito a sério. É pertinente chamar aqui a atenção para o facto de que a Academia Americana de Pediatria chegou a admitir, em Abril de 2010, o direito de os pais imporem às filhas a excisão, nas suas formas mais leves (falou-se num “ritual nick”); face às críticas de que foi alvo, a Academia acabou por recuar, mas Dena DAVIS, a autora da proposta, insistiu na defesa da mesma (segundo dá conta o *The Economist* em <http://www.economist.com/node/16329452>) lembrando, precisamente, a incoerência de proibir a excisão em todas as suas formas, admitindo, simultaneamente, a prática da circuncisão pelos judeus e muçulmanos, mais gravosa, em ambos os casos, do que as formas mais leves de excisão. O que se traduz numa discriminação contra certas religiões e culturas (as que praticam a excisão). A questão que se deve colocar, porém, é porque não há-de ser resolvida essa incoerência proibindo também a circuncisão: v. Robert DARBY, “Parental Authority”, 23 e ss. Permita-se-nos o comentário de que esta inversão do correcto sentido do tratamento das questões é, infelizmente, algo comum quando se trata dos direitos das crianças – ou da inconsideração por estes. A mero título de exemplo, veja-se o seguinte trecho de Eduardo dos SANTOS (*Direito da Família*, 527), tentando defender o poder-dever de correcção dos pais, perante a dificuldade colocada pelo facto de a lei civil ter suprimido referências ao mesmo: “...o D n.º 6137, de 20 de Setembro de 1919, concedeu aos professores o poder de aplicarem, *paternalmente*, castigos corporais aos seus alunos, dentro das suas funções de correcção. Ora, não se compreende que este poder seja atribuído aos professores e negado aos pais.” O que não se deveria compreender, do nosso ponto de vista, é como pode tal direito ser (correctamente) negado aos pais (pelo menos na medida em que implique castigos corporais) e reconhecido aos professores. Nem se percebe a opção do autor por atender à disposição normativa referida, mas já não ao Decreto-Lei n.º 270/98, de 1 de Setembro, mais concretamente ao seu artigo 12.º, n.º 3: “As medidas educativas disciplinares não podem ofender a integridade física ou psíquica do aluno”.

Neste momento em que o juízo de ilicitude parece fundamentar-se tanto para os casos de circuncisão como para os casos de excisão, justifica-se trazermos à colação um direito que não considerámos até agora: dispõe o artigo 27.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que as pessoas pertencentes a “minorias étnicas, religiosas ou linguísticas (...) não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião”. Do mesmo modo, dispõe o artigo 30.º da Convenção sobre os Direitos da Criança que nenhuma criança pertencente àquelas minorias “poderá ser privada do direito de, conjuntamente com membros do seu grupo, ter a sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião”.

Será que este direito a viver a vida cultural do seu grupo pode impor a exclusão da ilicitude de condutas como a da circuncisão ou a da excisão?

Esta mesma questão foi colocada por Silva DIAS a propósito do problema da excisão <sup>(335)</sup>. Quanto a nós, neste momento do nosso estudo, estamos seguros de lhe dever dar uma resposta negativa. Com efeito, este direito não apresenta nenhuma particularidade relativamente aos direitos que já considerámos – nomeadamente, o da liberdade religiosa – que nos deva fazer mudar o que temos vindo a desenvolver.

Por outro lado, podemos conceder que os membros de um grupo cultural podem gozar de certos direitos que, embora não sendo atribuídos a todos ou mesmo à maioria dos membros da sociedade, não permitem, ainda assim, falar em desigualdade, por motivos que não desenvolveremos aqui, mas que se reconduzem, basicamente, à ideia de que o princípio da igualdade também se traduz em tratar desigualmente o que é desigual <sup>(336)</sup>. Só que esses direitos, numa Ordem Jurídica liberal como a nossa, dificilmente poderão passar pela atribuição a esses grupos ou minorias de um poder de repressão sobre os seus membros – a impedi-los de abandonarem o cumprimento das tradições do grupo em causa. Porque uma coisa é reconhecer aos membros de um grupo cultural um direito de prosseguirem com uma certa tradição. Outra, muito diversa, é aceitar que esse direito lhes confere a possibilidade de obrigarem os outros membros do mesmo grupo a sujeitarem-se a essa tradição. Esta última possibilidade, como diz KYMLICKA, já vai contra o comprometimento liberal com a autonomia individual <sup>(337)</sup>.

---

<sup>(335)</sup> V. Silva DIAS, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado?”, 210 e ss.

<sup>(336)</sup> Para uma defesa da atribuição diferenciada de direitos a minorias étnicas, nacionais e culturais, feita de uma perspectiva liberal, v. Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, reimpr., Oxford: Clarendon Press, 2011, 107 e ss.

<sup>(337)</sup> Recorremos aqui à conhecida distinção entre “external protections” (direitos das minorias e dos seus membros a não serem impedidos, pela maioria ou por outros grupos, de cumprirem as suas tradições – e usamos aqui e no

Aplicando estas ideias aos casos de circuncisão, a conclusão é simples: mesmo que reconheçamos aos judeus e muçulmanos um direito a praticarem esta operação, tal não poderá implicar conferir-lhes a possibilidade de obrigarem outrem a sujeitar-se a esse ritual. O facto de a pessoa circuncidada ser uma criança não muda em nada este raciocínio, nem sequer o de essa criança ser filha do agente, porque, como sabemos, a relação de filiação não equivale à de propriedade ou usufruto <sup>(338)</sup>.

#### 7.4. O anti-liberalismo da solução liberal e a hipótese do recuso do sistema normativo

Esta invocação do direito a viver a vida cultural do grupo respectivo abre a porta, porém, para uma outra linha de questões que deve merecer aqui a nossa atenção. Já antes, quando considerámos a posição de HEIMBACH-STEINS, tivemos de recorrer a concepções básicas da nossa Ordem Jurídica sobre a pessoa para rejeitar a pretensão desta autora – segundo a qual a opção dos pais judeus ou muçulmanos de circuncidar o seu filho ainda poderia ser considerada como servindo o interesse da criança. E já então deixámos a sugestão de que uma ordem mais radical de questões pode intervir aqui. Trata-se de saber se será legítimo decidir estes problemas, negando aos intervenientes o direito de praticarem certas condutas, com base em pressupostos e concepções que podem não se mostrar adequados aos dados culturais destes casos.

Referimo-nos, em especial, às ideias de autonomia, liberdade e independência que, no desenvolvimento dos nossos argumentos, fomos utilizando com um cunho marcadamente liberal. Não é certo que este seja um modo legítimo de tratar estes problemas. Pois os nossos desenvolvimentos assentaram porventura numa ideia da pessoa, ou sujeito, como indivíduo abstracto, destacável do

---

texto, naturalmente, o termo “tradições” num sentido muito amplo) e “internal restrictions” (direitos das minorias a forçarem os seus membros ao cumprimento das tradições em causa) proposta por KYMLICKA: v. *op. cit.*, 35 e ss. Segundo o autor, uma Ordem Jurídica liberal pode perfeitamente conceder (ou deve mesmo fazê-lo) protecções externas às minorias, mas já não, ou só muito dificilmente (v. *idem*, 230<sup>1</sup>), restrições internas. Note-se como esta distinção se reconduz, no fundo, àquela tão básica de que já nos fizemos valer antes: no primeiro caso, podemos falar num direito das pessoas a não sofrerem interferências na sua esfera de actividades; já no segundo, percebemos a limitação fundamental que advém da proibição de interferir na esfera de liberdade de outrem (*neminem laedere*).

<sup>(338)</sup> Do mesmo modo, Silva DIAS vale-se da distinção referida na nota anterior para avançar um dos seus três argumentos contra a possibilidade de a excisão estar legitimada por um direito à cultura (v. *op. cit.*, 215 e ss.). Seria também muito interessante perspectivar os casos de circuncisão e excisão em que o visado tenha capacidade para consentir e concorde em sujeitar-se à operação a partir desta óptica – da necessidade, ou das vantagens, explicadas por KYMLICKA (v. *op. cit.*, 75 e ss.), de uma ordem liberal democrática e pluralista de conceder às minorias certas protecções externas. Pois talvez o pensamento político-liberal provindo desse âmbito nos imponha considerar atípica a conduta dos agentes da operação naqueles casos, sobretudo se levarmos a sério a ideia (desenvolvida por FRISCH em *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, *passim*) de que o desvalor da acção, essencial para o juízo de tipicidade do comportamento, se constrói no pensamento sobre as liberdades constitucionalmente garantidas dos cidadãos. São questões que escapam, porém, ao grupo de casos que nos ocupa e que, por isso, não desenvolveremos aqui.

contexto social e cultural em que vive, um indivíduo fora da história. Nesta perspectiva, o individualismo liberal parece desconsiderar indevidamente as vivências concretas do sujeito, o contexto em que ele está inserido e condiciona – ou formata mesmo – a sua identidade.

O universalismo kantiano subjacente à nossa defesa dos direitos (da criança) <sup>(339)</sup> parece revelar-se uma perspectiva demasiado redutora, resultando necessariamente num injusto tratamento dos agentes em causa: se a justiça daquele universalismo é a do indivíduo a-histórico – da pessoa sem história –, como pode ele servir a decisão sobre a responsabilidade dos agentes da circuncisão religiosa, agentes que só podem ser compreendidos quando inseridos na história que vivem em conjunto com os seus?

Note-se que esta linha de questionamento diverge da interrogação que Silva DIAS coloca a propósito dos casos de excisão – e à qual já demos resposta negativa por referência aos de circuncisão –, quando pergunta se um direito à cultura, como direito reconhecido entre outros na nossa Ordem Jurídica, pode legitimar aquela prática. Com efeito, já sabemos que a insistência de muitos autores na importância que o ritual da circuncisão tem entre os judeus e os muçulmanos <sup>(340)</sup>, enquanto puder ser resumida à invocação de um direito à cultura ou da liberdade religiosa, é, pura e simplesmente inconsequente. Pois essa importância decisiva que o agente possa conferir à sua conduta só poderia ser, quanto muito, relevante para efeitos do juízo da culpa.

O que agora queremos tentar, porém, é trilhar uma outra via, mais radical: já não a de saber se o direito à cultura ou a liberdade religiosa, como direitos reconhecidos entre outros pelo sistema normativo, legitimam a conduta em causa, mas sim se não se justificará afastar, em situações como a nossa, o próprio sistema normativo globalmente considerado – ou, se se preferir, as suas valorações essenciais. E isto porque essas valorações – que cumprem um papel de legitimação da decisão judicativa do caso concreto, na medida em que dão conteúdo às intencionalidades jurídicas a que essa decisão deve dar cumprimento – pressupõem certas concepções do indivíduo que parecem revelar-se, em casos como os de circuncisão religiosa ou excisão <sup>(341)</sup>, inadequadas. Inadequação a reflectir-se, por fim, na injustiça do juízo de ilicitude que temos vindo a construir.

A dificuldade aparece-nos por duas vias: por um lado, o modelo de responsabilidade com base

---

<sup>(339)</sup> Este universalismo e aquele individualismo apresentam-se como duas faces da mesma moeda: v. Rainer FORST, *Contexts of Justice – Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism* (trad. de John M. M. Farrell), Regents of the University of California, 2002, 7 e ss.; Will KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy – An Introduction*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2002, 208 e ss.

<sup>(340)</sup> Além do trabalho de HEIMBACH-STEINS, já citado, insiste neste ponto, entre outros, SCHWARZ, “Die aus religiösen Gründen gebotene Beschneidung”, 101-102.

<sup>(341)</sup> Não querendo com isto dizer, note-se, que estas considerações, feitas ainda ao nível de um ponto de partida do questionamento, imponham a final mesma resposta para os casos de excisão e de circuncisão.

no qual construímos o juízo de ilicitude da conduta do agente da circuncisão religiosa pode ser inadequado para esse efeito, na medida em que a aceção individual-liberal de pessoa que lhe subjaz não permite relevar devidamente a estruturação histórica concreta do actuar do agente; por outro lado, esta mesma aceção pode desvirtuar o nosso juízo sobre o que corresponde ao interesse da criança, pois para negar que os pais, ao realizarem a circuncisão religiosa, ainda servem aquele interesse, fizemos uso de ideias básicas de autonomia e liberdade de decisão sobre si mesmo que não são necessariamente inatacáveis.

Ambas as vias, no entanto, se reconduzem à mesma interrogação fundamental: será que a base axiológica das intencionalidades jurídicas que fomos concretizando, identificada com um padrão liberal em que a pessoa aparece como indivíduo associal ou descontextualizado, conduz a uma solução inadequada de problemas como o da circuncisão religiosa? Imporá isso um recuo do sistema normativo perante estes casos?

Para percebermos como esta linha de interrogação é mais radical do que a simples invocação de um direito à cultura (ou da liberdade religiosa), pensemos no primeiro argumento que Silva DIAS invoca para rejeitar a pretensão de que este direito legitimaria a prática da excisão <sup>(342)</sup>.

Recorre este autor ao pensamento de HÖFFE <sup>(343)</sup>, para explicar que a defesa do direito à integridade física da excisada através da proibição da excisão não traduz necessariamente um pensamento etnocentrista: é antes uma antropologia filosófica a permitir-nos identificar um “núcleo mínimo de objectos valiosos que exprimem necessidades humanas básicas e podem servir como *conditions of agency* em qualquer lugar”; núcleo que está para lá das fronteiras culturais e do qual faz parte o direito à integridade corporal.

Ora, este argumento não serve para responder às questões com que agora deparamos. Mesmo que aceitemos que o pensamento de HÖFFE, ou outro qualquer, permite explicar a universalidade do valor de bens como a integridade corporal – o que não pretendemos discutir –, a verdade é que não é isso que nos parece estar verdadeiramente em causa em casos como os da circuncisão religiosa (ou mesmo nos casos de excisão) e, mais concretamente, na acusação de etnocentrismo dirigida a quem defende a solução punitiva para esses casos.

A fundamentação daquela universalidade só seria realmente útil se os agentes da circuncisão ou da excisão negassem o valor de bens como a integridade corporal considerados em si mesmos.

---

<sup>(342)</sup> V., sobre o parágrafo seguinte, “Faz Sentido Punir o Ritual do Fanado?”, 213-215.

<sup>(343)</sup> V. Otfried HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? – Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999; um resumo das ideias-chave pertinentes para o nosso estudo pode encontrar-se em *idem*, “Derechos Humanos” (trad. de Rafael Sevilla), in *Derecho Intercultural*, Barcelona: Gedisa, 2000 (163-215).



Não é isso, porém, o que acontece. Os agentes não pretendem negar aos circuncidados ou excisados o seu direito à integridade física (considerado em abstracto). O que esses agentes pretendem é arrogar-se do poder para decidir que, em circunstâncias específicas, o direito à integridade física do visado deve ceder perante algo mais importante (como o mandamento religioso da circuncisão) <sup>(344)</sup>.

O que temos de explicar, portanto, não é o valor da integridade corporal – porque isso não está em causa. O que temos de explicar é antes o valor da autonomia, do direito à autodeterminação referido ao corpo. Porque o que se quer proteger, em última linha, não é (apenas) a integridade física, mas sim a garantia de que é o próprio visado a decidir se se sujeita ou não à lesão <sup>(345)</sup>.

Em suma, o que tem de ser defendido da acusação de etnocentrismo é a defesa do valor da autonomia individual. Confirmemos isto com o exemplo de um autor que já citámos.

KYMLICKA enfrenta o tipo de questões que encaramos aqui: da sua perspectiva filosófico-política, pergunta se, no fundo, não será anti-liberal impor certas determinações normativas de base axiológica liberal a grupos não liberais – ou seja: até onde pode ir a tolerância liberal? <sup>(346)</sup>.

Para KYMLICKA, uma concepção liberal de tolerância não estabelece esta como uma alternativa ao valor da autonomia, mas sim como dependente dele: trata-se de dois lados da mesma moeda. É precisamente o comprometimento com o valor da autonomia que, para este autor, distingue a tolerância liberal <sup>(347)</sup>.

Assim, a ilegitimidade das restrições internas explica-se pelo valor da autonomia do indivíduo – pela liberdade que lhe deve caber de poder rever os fins por que se guia e mudar de orientação religiosa, de tradições, de vida –, bem como pelo valor da igualdade. Estes valores pressupõem, naturalmente, que o indivíduo tenha de facto a possibilidade de rever os seus fins, de abandonar as suas tradições, de mudar de cultura. Mas aqui entra em cena a crítica comunitarista ao liberalismo, que devemos agora convocar.

---

<sup>(344)</sup> Pense-se que a multiplicidade e disseminação das Declarações de direitos, que Silva DIAS também destaca, não impede que os vários países tenham soluções muito diversas no que respeita à garantia desse direitos (ou à determinação do seu âmbito de abrangência). O que também permite já perceber que em casos como os da circuncisão não está em causa o valor do bem em si, mas sim a necessidade de o proteger no caso concreto e o fundamento para essa necessidade.

<sup>(345)</sup> Que é isto assim pode ver-se logo pelas posições de Silva DIAS – pois este mesmo autor defende que a excisão poderá, em certas condições, ser objecto de consentimento válido (v. *idem*, 208 e ss.). Ora, uma excisão validamente consentida não deixa de lesar gravemente a integridade corporal, mas é o próprio autor a rejeitar a protecção deste bem contra a vontade do visado como “anti-liberal”, porque paternalista (v. *ibidem*); pelo que cremos poder concluir que o que se protege é, verdadeiramente, a autonomia ou a liberdade de decisão do visado.

<sup>(346)</sup> Sobre o que se segue, v. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, 152 e ss.

<sup>(347)</sup> Esta ideia, note-se, não é consensual, mesmo entre os filósofos liberais: v., por exemplo, Chandran KUKATHAS, “Multiculturalism as Fairness: Will Kymlicka's Multicultural Citizenship”, *The Journal of Political Philosophy*, 5 (4), 1997, (406-427).

É o que faremos, com a orientação limitadora da linha problemática interrogadora que nos guia – em que medida pode ser jurídico-penalmente responsabilizado o agente da circuncisão religiosa? –, e não, portanto, com o propósito de fazer qualquer resenha histórica sobre o debate filosófico-político entre comunitaristas, liberais, universalistas (e outros), nem muito menos com a intenção de tomar posição nesse debate <sup>(348)</sup>.

Até que ponto está uma pessoa ligada à sua cultura? Os liberais – mesmo aqueles que reconhecem o laço fundamental entre uma e outra – e os comunitaristas têm dado respostas diferentes a esta questão <sup>(349)</sup>.

Na sua obra *Liberalism and the Limits of Justice*, estruturada numa crítica do liberalismo de John RAWLS, Michael SANDEL descobre no pensamento daquele autor a pressuposição de uma imagem do indivíduo como estando distanciado dos próprios interesses e valores por que se move, i. e., dos seus “fins”: o indivíduo apenas possuiria os seus fins ou motivos, não seria constituído por eles. Nesta medida, uma revisão profunda dos seus interesses e valores não poderia nunca colocar em causa a compreensão que o indivíduo tem de si mesmo <sup>(350)</sup>.

Esta visão só poderia estar correcta tendo por base uma visão metafísica do indivíduo como separado (separável) da sociedade, ou do seu grupo social (a situação imaginada do famoso véu de ignorância rawlsiano). Assim, segundo SANDEL, para liberais como RAWLS a identidade ou unidade do indivíduo está antes dos fins que ele elege. Os fins do indivíduo são dele porque ele os escolhe entre muitas possibilidades. Esta capacidade de autonomamente escolher os próprios fins é, por isso, essencial na construção da identidade da pessoa. Desta perspectiva rawlsiana-kantiana, fica fácil perceber o relevo que uma Ordem Jurídica liberal confere ao valor da autonomia, da liberdade de escolha e do direito à autodeterminação.

Por outro lado, uma sociedade, ou um grupo social, seria um mero aglomerado de indivíduos que estabelecem uma cooperação com base no facto fortuito de os seus fins coincidirem em maior ou menor medida. O que significa que as relações sociais também não seriam constitutivas da identidade de cada indivíduo.

Para SANDEL, o problema do pensamento de RAWLS está em excluir a possibilidade de os fins

---

<sup>(348)</sup> Para uma perspectiva expositiva do debate, v. Stephen MULHAL/Adam SWIFT, *Liberals and Communitarians*, reimpr. da 2.<sup>a</sup>, Blackwell, 2003.

<sup>(349)</sup> Note-se que esta divisão é necessariamente redutora. Os autores tidos como comunitaristas não defendem todos as mesmas propostas; e quando defendem propostas em comum, não o fazem necessariamente pelos motivos: v. a obra cita na nota 348.

<sup>(350)</sup> V. Michael J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.<sup>a</sup> ed., New York: Cambridge University Press, 1998, 59 e ss. (sobretudo, 62 e ss.).

do indivíduo poderem ser constitutivos da sua identidade. Com efeito, é possível, e até plausível, perspectivar de um outro modo a ligação da pessoa aos seus motivos e valores, ao sentido que dá à sua vida. Uma perspectiva não tanto voluntarista – em que o indivíduo escolhe arbitrariamente os seus fins – mas sim cognitiva: através de um processo de auto-compreensão intersubjectiva, o indivíduo aperceber-se-ia dos fins que o constroem. O que permite também aceitar a hipótese de esses fins serem afinal constitutivos da identidade do indivíduo, tal como, aliás, o próprio grupo social, ou, mais exactamente, os bens, valores e projectos comunitariamente partilhados.

Também Charles TAYLOR defende uma certa linha de auto-compreensão intersubjectiva do indivíduo <sup>(351)</sup>. Para TAYLOR, a génese da identidade do indivíduo é dialógica. A compreensão de si mesmo e a construção da identidade própria fazem-se no diálogo e na partilha experiencial com os “significant others”. As ligações individuais a certos valores, bens ou sentidos realiza-se no pano de fundo cultural dos significados partilhados comunitariamente.

Tendo em conta o carácter intersubjectivo da construção da identidade de cada um, ganha uma importância fundamental, na visão de TAYLOR, a imagem do indivíduo que os outros projectam sobre o próprio indivíduo – podendo essa imagem, quando negativa ou diminuidora, levar o indivíduo a viver uma degradação da imagem que tem de si mesmo. E por isso assumiria na política moderna um papel fundamental o “principle of recognition”, um dever de reconhecer a identidade dos outros.

Como a identidade individual se constrói no pano de fundo do grupo cultural do indivíduo, fica próximo admitir a essencialidade de o sistema normativo incluir possibilidades de reconhecimento das diferenças culturais de certos grupos, sob pena de se resvalar para formas de opressão (naturalmente) não-democrática.

A relevância destes contributos para o problema da circuncisão religiosa surge do seguinte modo. Este ritual assume, como tanto acentuam os autores que já referimos (HEIMBACH-STEINS e outros), um papel essencial entre judeus e muçulmanos. Pensando no exemplo dos judeus, a circuncisão simboliza a aliança entre Deus e o seu povo. Circuncidar a criança é fazê-la participar desse pacto fundamental que une a comunidade judaica na concretização do projecto de Deus. Na medida em que este ritual é tão essencial que se impõe mesmo ao descanso no dia de Sábado, não está em causa, diria SANDEL, algo que os judeus possam simplesmente largar de um momento para o outro, um ritual que eles escolheram arbitrariamente e que podem trocar por outro rito sem males maiores.

---

<sup>(351)</sup> V. Charles TAYLOR, “The Politics of Recognition”, in Amy Gutmann (ed. e introd.), *Multiculturalism – Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, 1994 (25-73).

O abandono deste ritual pode, pelo contrário, colocar mesmo em causa fins constitutivos da identidade destas pessoas.

Por outro lado, diria TAYLOR que é nosso dever reconhecer, não oprimir, a identidade destes grupos – e isso implicará talvez conceder-lhes o direito de praticarem um acto tão decisivamente constitutivo dessa identidade comunitária, para além da própria identidade individual <sup>(352)</sup>.

Em conclusão, temos explicada a grande dificuldade com que se depara agora o nosso juízo de ilicitude penal da circuncisão religiosa: é que a defesa da integridade corporal da criança que ele afirma fundamenta-se em concepções básicas sobre o valor da autonomia, liberdade de escolha e direito à autodeterminação que se explicam fundamentalmente por uma concepção antropológica que não dá conta do condicionamento cultural-social na construção da própria identidade de cada indivíduo. Será que esta dificuldade impõe o recuo da solução que normativamente determinámos?

Cremos que a resposta deve ser negativa. O pensamento liberal pode reconhecer a força dos laços sociais e grupais, bem como até o papel constitutivo que esses laços podem ter na constituição do indivíduo. Em função disso, pode a Ordem Jurídica liberal, como já deixámos sugerido, reconhecer direitos a certos grupos em função das suas especificidades culturais, servindo assim propósitos de favorecimento da construção da identidade individual e, portanto, um ideal de “autenticidade” (TAYLOR). Mas só até certo ponto.

Partimos do princípio de que, por mais fundamentais que sejam os fins ou sentidos em causa, não há nenhum que não possa ser questionado pelo próprio indivíduo. O que significa que a pessoa pode sempre reconsiderar o valor das experiências pelas quais constrói a sua identidade <sup>(353)</sup>. A Ordem Jurídica deve reduzir tanto quanto possível a imposição de tais mudanças. Perante certos rituais, porém, que colocam em causa algumas das concepções fundamentais, ela não pode recuar.

O direito não pode sobreviver ao relativismo puro, porque este é a negação do valor objectivo. A objectividade do valor – a afirmar o incondicionamento da intencionalidade que ele preenche – vai implicada no momento subjectivo da constituição do direito. A realização do direito faz-se pela afirmação de uma dada intencionalidade jurídica. Essa realização é feita num caso concreto e para esse caso, mas aquela intencionalidade, em si mesma, é incondicionada.

A nossa Ordem Jurídica estrutura-se numa protecção de valores independente de fronteiras.

---

<sup>(352)</sup> Note-se que não pretendemos, naturalmente, comprometer estes autores com quaisquer soluções para o problema penal da circuncisão religiosa. Veja-se, por exemplo, SANDEL a rejeitar expressamente a via comunitarista quando esta seja entendida em termos de afastar toda a possibilidade de crítica dos valores que regem as culturas ou tradições: *op. cit.*, ix-x.

<sup>(353)</sup> V. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, 91 e ss.

Não temos o direito de impor aos outros os valores que defendemos. Mas podemos – e devemos – defender os nossos valores com fidelidade à universalidade que lhe atribuímos. Assim, por exemplo, não é permitida a extradição “por crimes a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física” (artigo 33.º, n.º6). Não podemos, portanto, extraditar alguém se soubermos que no seu país, onde ele terá cometido um acto que até é crime entre nós, se pretende puni-lo com uma lesão irreversível da sua integridade física. Também não podemos conceder – até por maioria de razão – a alguém o direito de causar em outrem uma lesão desse tipo (sem razão médica) dentro das nossas fronteiras <sup>(354)</sup>.

Por outro lado, não podemos impedir que o sujeito deixe o nosso país para, voluntariamente, se entregar às autoridades do lugar onde querem puni-lo lesando irremediavelmente a sua integridade corporal. Talvez também não possamos impedir que alguém com capacidade para consentir se sujeite livremente à circuncisão ou à excisão – assim como não podemos punir alguém por se mutilar a si mesmo. Mas trata-se aí de opções deixadas ao livre-arbítrio de cada um. Ao sistema jurídico-penal interessa sobretudo preservar o espaço de liberdade do indivíduo contra as intervenções lesivas que os outros lhe querem impor contra a sua vontade.

Isto assenta – dir-se-á – na base da assunção de certos compromissos axiológico-intencionais – compromissos que não são necessariamente partilhados pelos destinatários (ou por certos grupos de destinatários) das normas cuja validade se fundamenta naqueles compromissos. É verdade. Mas isso significa apenas reconhecer o que já sabemos ser como é: a realização do direito comporta uma dimensão sistemática que se faz (também) de certos princípios normativos já assumidos e continuamente desenvolvidos, que constituem a própria consciência jurídica comunitária. Abdicar disso é abdicar do direito <sup>(355)</sup>.

Tudo isto não implica, porém, que não se dê relevância ao significado que a circuncisão pode ter na construção cultural da identidade dos indivíduos. Só que há outro momento na realização normativamente constitutiva do direito que é próprio para reconhecer essa relevância: o momento da culpa. Pelo que – a confirmar-se o juízo de ilicitude penal – será então que se deverá atender a esse ponto.

---

<sup>(354)</sup> V. também o artigo 6.º, n.º 1, al. e), da Lei n.º 144/99 de 31 de Agosto (com a última alteração feita pela Lei n.º 115/2009 de 12/10). Podemos mesmo construir o ponto do seguinte modo: é proibida a extradição de alguém que tenha cometido um crime religioso no seu país, se esse crime for aí punido com a pena de circuncisão. Também tem de ser proibida circuncisão imposta a outra pessoa por motivos religiosos dentro do país.

<sup>(355)</sup> Se esta nossa posição já não se pode dizer multiculturalista e deve ter-se por interculturalista não é para nós muito importante. Sobre o pluralismo integrador, defendendo certos elementos de continuidade e manutenção da maioria cultural face às minorias, v. Gérard BOUCHARD, “Qu’est ce que l’Interculturalisme?”, *McGill LJ*, 56 (2), 2011 (395-433), 413 e s..

### 7.5. A ilicitude típica da circuncisão religiosa e o princípio da proporcionalidade

Dito isto, será que devemos concluir pela ilicitude penal da circuncisão religiosa?

Eis chegado outro momento em que se torna muito importante o afastamento da doutrina dos limites imanentes.

A discussão sobre a responsabilidade jurídico-penal dos praticantes da circuncisão religiosa tem-se caracterizado por uma radicalização das opiniões. Basicamente, uns entendem que a conduta não pode deixar de ser lícita – pelos motivos que já analisámos e refutámos. Outros, pelo contrário, entendem que ela não pode deixar de ser considerada um crime.

Ora, uma vez que já concluímos que a conduta não pode ser considerada lícita, resta-nos saber se ela será penalmente ilícita. Vamos aqui introduzir um passo que nos parece fundamental, mas que não tem sido dado pelos intervenientes neste debate – referimo-nos aos defensores da punibilidade da circuncisão religiosa.

A generalidade dos autores que têm analisado e rejeitado a possibilidade de a liberdade de religião legitimar a prática da circuncisão religiosa costuma utilizar na fundamentação uma lógica própria das teorias dos limites imanentes. Uma vez rejeitada a hipótese de aquele direito fundamental abranger esta prática, não restaria alternativa – visto que há tipicidade e nenhuma causa de justificação se verifica – a considerá-la penalmente ilícita <sup>(356)</sup>.

Não nos parece, porém, que esta conclusão se possa retirar de um modo tão imediato. Com efeito, o afastamento da liberdade religiosa, ou a aceitação de que há motivos válidos para restringi-la, apenas nos diz que os pais não têm o direito de circuncidar o filho por motivos religiosos ou culturais e que, portanto, estão proibidos de o fazer. Não nos permite ainda concluir, porém, que a conduta deve ser penalmente sancionada.

Explicámos que aceitamos a natureza de princípios das normas de direitos fundamentais e que isso se traduz, basicamente, em tomá-los como sujeitos a uma imanente reserva de ponderação. Referimos também que esta perspectiva é mais adequada a uma fiscalização efectiva da constitucionalidade das afectações negativas dos direitos fundamentais. E agora poderemos perceber melhor esta afirmação.

Os autores que adoptam um pensamento típico das doutrinas dos limites imanentes explicam

---

<sup>(356)</sup> Isto é evidente, por exemplo, em HERZBERG, “Die Beschneidung gesetzlich gestatten?”, 491 e ss.

– umas vezes com mais sucesso que outras – que a liberdade religiosa não pode abranger a possibilidade de praticar a circuncisão religiosa. Defendem, em consonância, que esta prática já está para lá, já cai fora do âmbito do direito fundamental, de modo que a proibição que a tem por objecto não constitui uma restrição do direito em causa.

Pela nossa parte, entendemos que as normas de direitos fundamentais não podem funcionar segundo uma lógica tão estrita – uma conduta ou estaria dentro ou fora do direito e seria sempre possível determinar logo à partida a resposta. O afastamento liminar só se dará, quando muito, em casos evidentes – diremos talvez melhor: já resolvidos, cuja devida ponderação já se incrustou no sistema. Não é o caso da circuncisão religiosa.

Assim, tornou-se premente salientar os pontos que explicam a pertinência da invocação da norma da liberdade religiosa: o facto de estar em causa um verdadeiro ritual, religiosamente motivado nas comunidades onde é realizado; a intrínseca ligação entre a liberdade de culto e a liberdade religiosa, ou o facto de esta ser, em grande medida, explicada por aquela. Isto serviu para constatar-mos que o direito fundamental da liberdade religiosa, enquanto exigência de optimização <sup>(357)</sup>, pode ser legitimamente invocado pelos agentes da circuncisão.

No quadro de um entendimento das normas de direitos fundamentais como princípios, porém, essa legitimidade de invocação não se traduz na imediata aceitação de um direito, por assim dizer, efectivo de praticar a conduta. Significa tão-só que, sendo possível que esse direito venha a ser negado – e que, portanto, os agentes venham a ser proibidos de realizar a conduta –, tal negação assumirá o carácter de uma verdadeira *restrição*. Ora, tratando-se de uma restrição, ela só poderá dizer-se legítima se for justificada nos termos de uma ponderação que explique a validade do motivo para ela ter lugar. Foi essa ponderação que levámos a cabo e foi ela que nos permitiu perceber a validade dos fundamentos para proibir os agentes de circuncidarem os filhos por motivos religiosos – que nos permitiu, enfim, aceitar a legitimidade de uma restrição à liberdade religiosa.

Não basta, no entanto, explicar a procedência das razões para restringir, já que o fundamento de uma restrição não lhe impõe uma modalidade concreta.

Já sabemos que é legítimo restringir a liberdade religiosa dos pais, proibindo-os de circuncidarem o seu filho. Ainda temos de saber, porém, se eles devem ser punidos por isso. Ora, a restrição envolvida na eventual criminalização da circuncisão religiosa deve, como qualquer outra, respeitar os

---

<sup>(357)</sup> V. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 75 e ss.

limites às restrições a direitos fundamentais <sup>(358)</sup>. E de entre aqueles limites interessa-nos aqui, sobretudo, os que são impostos pelo princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade. A condenação do agente da circuncisão religiosa só constituirá uma intervenção restritiva legítima na sua liberdade religiosa se respeitar este princípio.

Vimos agora encontrar uma conclusão a que já antes, por outra via, havíamos chegado.

Explicámos o nosso entendimento da solução jurídico-penal tipificada como critério de solução – critério pensado para um problema prático pressuposto na norma legal e que há-de orientar a formação da decisão judicativa do caso concreto aí onde se mostre materialmente adequado à problematicidade juridicamente relevante deste. O juízo que determina essa adequação material é, então, a nosso ver, um juízo de adequação problemática, obtido por meio de uma aproximação analógica dos tipos de problema – o tipo de problema que vai pressuposto na previsão legal do critério e o tipo de problema em que pode ser enquadrado o caso concreto.

Tendo o critério normativo natureza jurídico-penal, chamámos a atenção para o facto de que a legitimidade da sua previsão legal assenta não apenas na afirmação da dignidade penal do bem jurídico a proteger, mas também num juízo de necessidade ou carência de tutela penal. E procurámos sustentar, enfim, a obrigatoriedade de, em certos casos – para solução dos quais se concluiu já ser materialmente adequado um certo critério típico –, se repetir esse juízo de necessidade, atendendo agora às especificidades do tipo de problema em causa.

Sustentámos essa obrigatoriedade, basicamente, na constatação de que no processo de realização concreta do direito – i. e., do direito no caso concreto –, a solução jurídico-penal não é objecto de uma *aplicação* (lógica, dedutiva, subsuntiva...), mas sim de uma reelaboração feita em função das circunstâncias particularmente problemáticas. A particularidade e novidade problemáticas em causa poderão, em suma, explicar que o juízo de carência de tutela penal – afirmado por referência à solução típica prevista para um problema pensado em abstracto – deverá ser retomado, de modo a atender agora a novos dados problemáticos, deixados inevitavelmente por considerar no momento da criminalização.

Já na altura deixámos também sugerido, porém, que esta necessidade de retoma do juízo de carência de tutela penal vem também a justificar-se por uma outra via – uma via imposta por um entendimento adequado das normas de direitos fundamentais – adequado, leia-se, a uma metodologia de exame efectivo da legitimidade das restrições a estes direitos. E agora podemos já entender o

---

<sup>(358)</sup> Sobre esses limites, v. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2001, 292 e ss.; J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 451 e ss.



que então ficou apenas sugerido.

Procurámos explicar que a aceitação de uma reserva geral de ponderação imanente aos direitos fundamentais, ao contrário do que poderia parecer, é porventura a única que permite verdadeiramente aquele exame. É que desse modo não estamos a disfarçar as restrições de “limites imanentes”, mas sim a encará-las como o que são. E aceitando-as como restrições, somos obrigados a verificar a sua legitimidade.

Ora, como já sabemos, essa verificação não se limitará a tentar perceber se há ou não um motivo válido para restringir o direito ou os direitos em causa. Além disso, teremos ainda de perceber se a concreta medida restritiva em análise respeita ou não os limites às restrições aos direitos fundamentais. E entre eles avulta o princípio da proibição do excesso, consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da CRP – precisamente o princípio que explica a obrigatoriedade do juízo de carência ou necessidade de tutela penal <sup>(359)</sup>.

Em suma: temos de saber se a punição da circuncisão religiosa constitui ou não uma medida necessária de protecção dos direitos da criança.

A observância do princípio da proibição do excesso costuma ser analisada em três momentos, em que se deve dar cumprimento a três sub-princípios: o da idoneidade ou aptidão, o da indispensabilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

No primeiro momento, trata-se de se verificar se a medida restritiva em causa é ou não apta, em termos de eficácia, para atingir o fim pretendido. No segundo, devemos assegurar-nos de que o fim pretendido não poderia ser obtido através de medidas menos restritivas. Por fim, mesmo que as duas anteriores condições se verifiquem, ainda é indispensável examinar a justeza comparativa na relação entre o fim da medida – ou o bem alcançado com esse fim – e os custos da restrição.

Começamos então pelo primeiro momento. A idoneidade da punição para atingir o fim pre-

---

<sup>(359)</sup> V. Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 127 e ss. Sobre o princípio da proporcionalidade, v. Reis NOVAIS, *As Restrições não Expressamente Autorizadas*, 752 e ss.; *idem*, *Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 161-205; Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 302 e ss. (com várias referências). Em especial, no direito penal, entre outros, José de Sousa e BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Petrony, 1978 (197-254), 218 e ss.; Anabela Miranda RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 254 e ss. (em especial, 298 e ss.); Conceição Ferreira da CUNHA, «*Constituição e Crime*», 211 e ss.; Tatjana HÖRNLE, “Subsidiariedad como Principio Limitador. Autoprotección” (trad. de Raquel Montaner Fernández), in Ricardo Robles Planas (ed. espanhola), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (87-100); os seguintes trabalhos constam da mesma obra: Wolfgang WOHLERS, “Derecho Penal como *Ultima Ratio*. ¿Principio Fundamental del Derecho Penal de un Estado de Derecho o Principio sin un Contenido Expresivo Propio?” (trad. de Nuria Pastor Muñoz) (109-128); Gerhard SEHER, ¿Puede ser «Subsidiario» el Derecho Penal? Aporías de un Principio Jurídico «Indiscutido» (trad. de Juan Pablo Montiel) (129-144); Winfried HASSEMER, “El Principio de Proporcionalidad como Límite de las Intervenciones Jurídico-Penales” (trad. de María Teresa Castiñeira Palou/Ricardo Robles Planas) (193-200); Ulfrid NEUMANN, “El Principio de Proporcionalidad como Principio Limitador de la Pena” (trad. de Pablo Sánchez-Ostiz) (201-212).

tendido não costuma ser sequer tida em conta aquando da decisão condenação de um arguido, *rec-tius*, da afirmação da ilicitude típica do seu comportamento (não nos referimos, portanto, à determinação da medida da pena, que pressupõe, naturalmente, a decisão de condenação). Por vezes, é discutida no momento da criminalização <sup>(360)</sup>. Mas ela tem sido considerada, sobretudo, em termos muito mais genéricos, no âmbito do tratamento do problema dos fins das penas <sup>(361)</sup>; pergunta-se, mais exactamente, se a pena pode ser tida como meio idóneo a cumprir os fins preventivos que se pretende associar-lhe.

No que respeita particularmente aos fins de prevenção geral negativa, afirma-se por vezes que pode ser verdade que muitos potenciais praticantes da conduta proibida não deixarão de a realizar por causa da ameaça de sanção; mas contrapõe-se a isso que basta que o efeito dissuasor se possa afirmar em relação a alguns, ou à maioria deles para o fim ter sido atingido <sup>(362)</sup>. Ora, convém lembrar aqui que o exame do cumprimento da exigência de idoneidade por uma medida restritiva tende a assumir uma vertente mais negativa que positiva. Ou seja, a preocupação não tem sido tanto a de confirmar a eficácia total da medida restritiva em causa – podendo ser bastante uma realização parcelar do fim global pretendido –, mas, sobretudo, a de verificar se a medida não é inócua ou mesmo nociva para os objectivos visados <sup>(363)</sup>.

A aceitar-se a correcção daquelas orientações sobre os fins das penas e a aptidão genérica destas para atingirem esses fins, parece que a punição concreta dos agentes da circuncisão religiosa não coloca problemas de monta quanto à exigência de idoneidade. Com efeito, é difícil imaginar que não haverá uma percentagem de agentes, por menor que seja, a abdicar da realização da circuncisão face à perspectiva da punibilidade <sup>(364)</sup>.

Quanto à prevenção geral positiva, dir-se-á que também este fim é atingido, na medida em que a punição dos agentes da circuncisão religiosa serve o propósito de reforçar a confiança da comuni-

---

<sup>(360)</sup> V., por exemplo, os acs. do TC n.º 634/93 (Luís Nunes de Almeida), n.º 211/95 (Fernanda Palma) e n.º 274/98 (Armindo Ribeiro Mendes).

<sup>(361)</sup> Associando o juízo sobre a medida da idoneidade da pena aos posicionamentos teóricos sobre os fins das penas, Winfried HASSEMER, *op. cit.*, 194. A preocupação com esta exigência de aptidão da pena para cumprir os seus fins tem merecido, assim, mais considerações teóricas do que atenção prático-empírica, tendo em conta, particularmente, a falta de estudos sobre as reais consequências da criminalização de uma conduta. Notando isso mesmo, em tom crítico, e valendo o que aí se diz para o nosso contexto político-social, *idem*, 194-195.

<sup>(362)</sup> V. Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, 52.

<sup>(363)</sup> Assim, Reis NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais*, 168. Veja-se também, por exemplo, o ac. do TC n.º 187/01 (Paulo Mota Pinto) a conceder ao legislador «um "crédito de confiança", na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida», crédito esse “importante sobretudo em casos duvidosos”.

<sup>(364)</sup> Optimista neste ponto, HERZBERG, “Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung”, 338.

dade na vigência da juridicidade questionada. No fundo, sinaliza-se que a protecção do bem jurídico (integridade física) mantém a sua efectividade.

Não analisaremos a validade destas orientações sobre os fins das penas – não averiguaremos, nomeadamente, se o nível de exigência proposto deveria ou não ser mais estrito. E isto porque ainda que seja acertado o que dizem, cremos que a exigência de idoneidade não deve considerar-se verificada no caso da circuncisão religiosa.

Talvez seja verdade que alguns membros das comunidades religiosas em causa abdicuem da prática da circuncisão perante a perspectiva da punibilidade da conduta – ou que, pelo menos, terão sérias dúvidas sobre se devem sujeitar os seus filhos à operação. Mas dizer que isso basta para considerar a pena um meio apto para a prossecução dos fins preventivos que a devem justificar pressupõe, segundo cremos, que se ignore os efeitos nocivos para a obtenção desses mesmos fins que, muito provavelmente, a punibilidade da circuncisão trará consigo.

A circuncisão religiosa constitui um ritual especialmente significativo nas comunidades onde é praticada. A importância que ela aí assume não se limita ao cumprimento de uma obrigação religiosa, indo mesmo ao ponto de implicar elementos de identificação cultural. E isto há-de ser tido em conta na verificação da idoneidade da punição da circuncisão religiosa. Pois esta pode revelar-se, afinal, prejudicial para os objectivos que se pretende atingir.

Com efeito, podendo os agentes não perceber o porquê da proibição da conduta – na medida em que não a vêem como sendo danosa para a criança –, tomá-la-ão como um ataque à sua religião ou cultura – conclusão que, em si, é lógica: se os membros de uma dada comunidade são proibidos de praticar um dos seus rituais mais importantes, e parecendo-lhes esse ritual inofensivo, natural se torna a suspeita de que a proibição é motivada pela mera aversão a diferentes costumes, tradições ou culturas. Ora, face ao que parece ser uma medida persecutória, estas pessoas tenderão a ligar-se ainda mais à conduta proibida, tomando-a como sinal de resistência à opressão e à descaracterização, bem como de manutenção e reforço da identidade cultural e religiosa.

Cremos que não se trata de especulação infundada da nossa parte, como o demonstra a discussão gerada na Alemanha após a decisão do Tribunal de Colónia e, mais concretamente, com o conteúdo dos pronunciamentos dos representantes das comunidades religiosas em questão, bem como com a pluralidade e o fervor dos mesmos <sup>(365)</sup>.

A confirmarem-se estas previsões, a punição da circuncisão religiosa teria como efeito tornar

---

<sup>(365)</sup> A própria História, aliás, nos oferece já exemplos de que é bom ter estes factores em conta quando se pensa na melhor forma de combater a circuncisão religiosa – lembre-se, desde logo, o modo como esta chegou, entre os judeus, à versão mais radical que hoje conhece: v. *supra*, nota 4.

os agentes desta prática ainda mais voluntariosos na sua realização – eventualmente lutando até para a defender e promover junto dos seus próximos e dos restantes membros da sua comunidade. Por outro lado, a realização clandestina da operação – a que seriam obrigadas as pessoas que não se conformassem com a proibição –, inevitavelmente realizada, pelo menos em muitos casos, em piores condições de higiene e de segurança (ou na falta dessas condições), poderia até agravar o problema, na medida em que assim aumentariam as consequências prejudiciais, a nível de saúde, para a criança.

Não serve isto para dizer que a ameaça penal deve recuar perante a mera perspectiva da insistência dos agentes na prática proibida, como se o Direito estivesse à mercê das reacções imediatas de pequenos grupos de entre os destinatários das suas normas. Antes pretendemos alertar para a premência de atender ao grau previsível de eficácia da punição de um certo padrão comportamental e, mais concretamente, para a possibilidade de existência de medidas alternativas que se apresentem provavelmente mais eficazes.

Isto serve-nos como ponte para considerarmos o segundo momento do princípio da proibição do excesso – o da indispensabilidade. Mesmo que não se dê razão ao que acabamos de dizer sobre as dificuldades com que se debate a medida de punição da circuncisão religiosa em termos de eficácia, pensamos ser inescapável considerar seriamente a possibilidade de atingir os mesmos fins por outros caminhos, senão mais eficazmente – como pretendemos deixar sugerido –, pelo menos com um grau de eficácia bastante similar.

Por comparação com a punição, parece-nos bastante preferível, por exemplo, apostar em campanhas de sensibilização das comunidades em causa, numa chamada de atenção das mesmas para o que verdadeiramente significa, para a criança, a operação a que a querem sujeitar.

Se as nossas intuições sobre o problema estiverem correctas, a persistência destes grupos na prática da circuncisão não se explica apenas pelo significado que ela assume no respectivo âmbito cultural – como se a importância da circuncisão justificasse, por si só, a teimosia na realização da mesma com indiferença perante todos os danos que ela implica para os visados. Cremos, pelo contrário, que nessa explicação importa também uma vertente negativa: o pressuposto – implícito ou explícito, consoante os casos – de que esses danos têm uma dimensão muito reduzida, ou de que são compensados por benefícios para a saúde da criança.

Tendo isto em conta, e em detrimento de uma perspectiva de confronto, deverá antes optar-se por uma via de diálogo, em que os agentes da circuncisão são alertados para a violência que representa para a criança a sujeição a essa intervenção, são lembrados do facto de que ela sofre durante e depois da realização da mesma e são informados dos dados médicos sobre a falta de comprovação

dos seus supostos benefícios <sup>(366)</sup>.

Uma vez que a circuncisão religiosa, na sua intencionalidade, não constitui um acto de violência dos pais para com os filhos, muito pelo contrário, estamos convencidos de que o caminho de diálogo que propomos servirá muito melhor uma função de sensibilização e, desse modo, permitirá travar um combate contra a prática da circuncisão não medicamente indicada que, por um lado, será mais pacífico, e, por outro, poderá ser mesmo mais eficaz. Por estas razões, a nossos olhos, ele é preferível a um caminho de sancionamento penal. Este último, por originar um embate em que as razões de cada lado resultam obscurecidas, mostra-se especialmente apto a provocar o antagonismo e o extremar de posições.

Dir-se-á que estamos a desvalorizar a importância que este ritual, danoso ou não, tem, efectivamente, nestas comunidades e a simplificar demasiado a relação de causa-efeito entre informação sensibilizadora e diminuição da frequência da prática. Pois será talvez demasiado optimista esperar que judeus e muçulmanos abdicuem de uma prática milenar apenas por serem agora alertados para os malefícios, a nível de saúde, da mesma. Não só continuará a impender sobre estes agentes o mandamento religioso da circuncisão – o que sempre deixará aqueles não insensíveis à posição da criança perante uma situação de conflito, tendo de colocar-se a hipótese de muitos preferirem então insistir na conduta –, como a ideia de que a operação é benéfica noutras vertentes (a nível da integração da criança na respectiva comunidade, evitando-se o efeito de estigmatização, ou a um nível menos terreno, para aqueles que acreditem na possibilidade de consequências negativas numa vida para além da morte) poderá resultar numa descarga de consciência para os pais perseverantes.

Pensamos, porém, que não tem necessariamente de ser assim. Devemos atender aqui ao facto de que têm sido propostos, dentro das próprias comunidades religiosas, rituais alternativos – sendo mesmo cada vez mais comum falar-se numa “circuncisão simbólica”. A perspectiva de um ritual alternativo à circuncisão (somada ao alerta para os efeitos nocivos desta) facilitará, como se percebe, a decisão de abdicar da intervenção.

Note-se, porém, que, parecendo-nos útil promover o diálogo que chame a atenção para alternativas à circuncisão, não deverá o jurista ir mais além da mera promoção e tomar posição nesse momento específico. A discussão sobre a necessidade de praticar a circuncisão, pensada face a alternativas que permitiriam cumprir do mesmo modo os mandamentos religiosos em causa, deve ser levada a cabo pelos crentes, pelos membros da respectiva comunidade – ou pelos representantes que

---

<sup>(366)</sup> Neste sentido, Marie FOX/Michael THOMSON, “Reconsidering ‘Best Interests’”, 28: “We suggest that a process of dialogue and education, rather than calling for criminal prohibitions and sanctions, is the appropriate strategy to counter male circumcisions and our common sense assumptions that it is a trivial procedure”

essa comunidade designe como indicados para tal. O jurista, pelo menos como tal, tem de deixar-se de fora dessa discussão <sup>(367)</sup>.

Estas considerações sobre as dificuldades com que se bate a medida da punição da circuncisão religiosa face às exigências de idoneidade e de indispensabilidade tornam-se ainda mais prementes se nos lembrarmos da sensibilidade da sociedade em geral face a este ritual.

Referimos já que a circuncisão religiosa não tem sido vista sequer como um problema. Vimos que isso não poderia servir para invalidar a adequação problemática do critério decisório do artigo 143.º a um nível mais básico – ou seja, que não poderia levar-nos a concluir pela atipicidade da conduta. Reconhecemos, porém, alguma justeza nessa invocação – aliás, por isso mesmo a apresentá-mos como problema (depois superado) para o juízo de tipicidade.

Ora, ao promover-se a chamada de atenção para os efeitos nocivos da circuncisão sobre a criança, não poderá deixar de mudar – em maior ou menor medida – a sensibilidade social para o significado (ao nível de efeitos para a saúde) desta intervenção. Pelo que se mais tarde se vier a concluir pela necessidade de punir os agentes da circuncisão religiosa, o problema (da tolerância social), muito provavelmente, já não existirá. E isto serve de ponte para o que queremos dizer a seguir.

Após a fase de diálogo que acabamos de propor, acontecerá, muito provavelmente, que pelo menos algumas pessoas persistam na prática da circuncisão religiosa. Ou pode suceder que as campanhas de sensibilização resultem, em grande medida, ineficazes e que, portanto, seja mesmo a grande maioria a insistir nessa prática. Verificando-se uma ou outra destas opções, parece-nos que, passadas aquelas primeiras tentativas – e comprovando-se a sua ineficácia face aos perseverantes –, deixará de haver alternativa à punição. Nesse momento, a exigência de indispensabilidade desta medida terá de considerar-se cumprida e a medida de eficácia da sanção penal, tendo em conta a ausência de alternativas preferíveis, deverá ser tida por suficiente.

Quanto ao terceiro momento do princípio da proibição do excesso (o da proporcionalidade em sentido estrito), ele não coloca grandes dificuldades: de facto, a prevalência da posição do menor sobre a dos pais (que já explicámos) já indicia, em grande medida, que não há uma desproporcionalidade entre os efeitos gravosos impostos aos agentes da circuncisão e aqueles que resultariam para a criança da aceitação da legitimidade da operação. No mais, pode funcionar aqui uma remissão para a ponderação feita no momento da criminalização da ofensa à integridade física – comparando-se agora a lesão corporal com a privação da liberdade do agente.

---

<sup>(367)</sup> Assim, é também de criticar o Tribunal de Colónia quando expressa dúvidas sobre se a circuncisão é realmente necessária à educação religiosa dos judeus e muçulmanos: v. Michael GERMANN, “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, 92.

Agora sim, respeitados os limites às restrições aos direitos fundamentais, a ilicitude típica da circuncisão religiosa pode ser afirmada.

Antes de encerrarmos a análise da ilicitude da circuncisão religiosa, chamaremos a atenção para um último ponto.

Os nossos últimos desenvolvimentos basearam-se na ideia de que não podemos defender que a prática da circuncisão religiosa está liminarmente excluída do âmbito de legitimação da liberdade religiosa. Essa impossibilidade obrigou-nos a aceitar o sancionamento penal da circuncisão como uma restrição a esse direito fundamental – a carecer, enquanto tal, de uma justificação cuidada.

Com a sensibilização para o significado real, em termos médicos, da circuncisão desnecessária e, mais concretamente, com o aumento do número de juristas a pronunciarem-se a favor da proibição da circuncisão <sup>(368)</sup>, a perspectiva jurídica do tratamento deste problema poderá modificar-se gradualmente – caminhando para uma dissociação cada vez maior entre esta conduta e o direito fundamental da liberdade religiosa. Não devendo nunca abdicar-se de ponderações fundamentadoras, cremos que elas, no futuro – quiçá ainda longínquo – tenderão a explicar, precisamente, aquele afastamento liminar que recusamos neste trabalho.

Dito isto, é tempo de nos colocarmos na posição hipotética do jurista que já sabe estarem esgotadas todas as alternativas, i. e., que já sabe ser inevitável a criminalização concreta da circuncisão religiosa. Afirmada a ilicitude típica da conduta, deverão os seus agentes ser punidos? É chegado o momento de considerarmos o problema da culpa destes indivíduos.

---

<sup>(368)</sup> Cremos que se os juristas se debruçarem sobre o problema da circuncisão religiosa – e tendo aí de encarar a dificuldade de justificar uma lesão grave, irreversível e medicamente desnecessária do corpo da criança –, o aumento que referimos no texto ocorrerá inevitavelmente.

## **PARTE II – Um Problema de Culpa**



## 8. Abstracção e concreção problemáticas no juízo de culpa

Devemos começar por lembrar a advertência que fizemos já noutro momento deste trabalho. Debruçamo-nos sobre um tipo de problema, um grupo de casos que reúnem certos elementos que os assemelham problemáticamente. Isto envolve uma abstracção que não nos deve fazer esquecer a particularidade única e irrepetível de cada situação histórica ou “pedaço de vida” objecto de um processo criminal. Por isso chamámos a atenção para o facto de que os nossos desenvolvimentos sobre o problema jurídico-penal da circuncisão religiosa não devem tomar-se como proposta uma solução acabada para estes casos, devendo sempre atender-se à possibilidade de circunstâncias concretas justificarem uma diferenciação nas decisões.

Se esta advertência é válida, desde logo, no que respeita ao juízo de ilicitude típica, é sobretudo na análise da culpa que ela deve ser tida em conta. Pois é precisamente aí que a averiguação da responsabilidade jurídico-penal do agente se centra na sua vivência do facto típico e ilícito. O juízo de culpa terá de se basear numa compreensão do agente como pessoa que pode ser responsabilizada pelo seu acto e essa compreensão passa por perceber de que modo o agente se relaciona ou identifica com ele. Na medida em que o princípio da culpa impõe a limitação da medida da pena pela medida da culpa, ele é manifestação de uma ideia (ética) de expressão da pessoa nos seus actos, só podendo afirmar-se a responsabilidade no pressuposto de reconhecermos no acto do agente uma expressão da sua identidade, bem como uma justa oportunidade de escolha dessa conduta <sup>(369)</sup>.

Tal não nos deve impedir, porém, de apontar algumas orientações de análise da culpa dos agentes da circuncisão religiosa. Pelo contrário, cabe-nos indicar certos momentos do desenvolvimento dessa análise, no intuito de explicar o modo como se há-de dar cumprimento às intenções referidas no parágrafo anterior.

## 9. As hipóteses de actuação errónea do agente

---

<sup>(369)</sup> Seguimos aqui a linha orientadora que lemos em Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005: trata-se de admitir que os critérios de (des)culpa têm de estar próximos do caso concreto e, mais exactamente, das motivações e emoções do agente, bem como do contexto social que explica a sua actuação. A importância desta proximidade deriva, em última análise, das exigências relativas à dignidade da pessoa humana e ao direito à liberdade, que têm tradução no princípio constitucional da culpa: o agente só pode ser culpado quando, no momento em que violou o dever, tinha condições para se motivar por ele e, desse modo, cumpri-lo: v. José de Sousa e BRITO, “A Lei Penal na Constituição”, 199-200.

Concretizando um pouco mais a problemática da culpa que poderá estar em causa, comecemos por nos debruçar sobre a possibilidade de o agente ter actuado em erro.

### 9.1. Primeira hipótese – segunda exclusão do dolo ou exclusão da culpa?

Tendo em conta que não há condenações em Portugal pela realização de uma circuncisão por motivos religiosos, nem sequer registo de processos-crime por essa prática, não é de estranhar que o autor da circuncisão religiosa tenha actuado no desconhecimento da ilicitude típica da sua conduta. Nesta situação, cabe saber em que medida pode esse erro relevar para afastar a culpa do agente, *recitius*, para fundamentar a sua desculpa.

Diz-nos o artigo 17.º, n.º 1, que “age sem culpa quem actuar sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável”. Que ilações nos permite retirar este critério de desculpa sobre a análise da culpa nos casos de circuncisão religiosa?

O problema da falta de consciência da ilicitude penal foi pensado em profundidade por Figueiredo DIAS <sup>(370)</sup>. Para este autor, o erro sobre a ilicitude que (apenas) releva ao nível da culpa (não, portanto, do tipo de ilícito) é o erro de valoração em que incorre o agente que dispunha, no momento em que actuou, de todos os conhecimentos indispensáveis à correcta orientação da sua consciência ética. Ou seja, se o agente representou tudo o que era necessário para apreender o desvalor do ilícito que veio a praticar, mas não tomou, ainda assim, consciência desse desvalor, ele agiu em erro e este erro só poderá, eventualmente, afastar a culpa. Já se o erro(-ignorância) incidiu sobre elementos que o agente precisava de conhecer para apreender o referido desvalor, então ele afasta imediatamente o dolo, com base nos critérios do artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2 <sup>(371)</sup>.

As situações pensadas como casos de exclusão do dolo no artigo 16.º são as de erro-ignorância sobre elementos (“de facto ou de direito”) do tipo de crime e sobre a própria proibição (quando seja essencial o conhecimento desta para a apreensão do desvalor do comportamento) e a de erro-

---

<sup>(370)</sup> V. a sua obra, fundamental nesta matéria e na da culpa em geral, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

<sup>(371)</sup> V. *idem*, 292-293 e 391 e ss. e *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 544-545. Assim, não deve dizer-se, pelo menos sem ulteriores precisões, que a falta de consciência da ilicitude coloca apenas e sempre um problema de culpa, já que os erros em causa no artigo 16.º se reconduzem todos, em última análise, a erros sobre a ilicitude (v. Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, 337: “O erro sobre o facto é um erro sobre o facto lícito e compreende, deste modo, o erro sobre a ilicitude do facto”). Especificando, porém, que a expressão “erro sobre a ilicitude” é tomada num sentido mais restrito, querendo referir-se apenas à falta de consciência da ilicitude que só pode relevar ao nível da culpa, não vemos problema nenhum num discurso daquele género.

suposição sobre pressupostos de exclusão da ilicitude ou da culpa.

Dir-se-á, nos moldes tradicionais do pensamento sobre a decisão jurídico-penal, que da aplicação destas normas ao nosso problema (erro do agente da circuncisão religiosa) resulta que estamos perante uma falta de consciência da ilicitude que deve ser analisada nos termos do artigo 17.º e, portanto, ao nível da culpa.

Com efeito, o agente representou todos os elementos do tipo (do crime de ofensa à integridade física): tinha a perfeita consciência de que a circuncisão se traduz na remoção de uma parte importante do corpo da criança. E não contraria aquela afirmação a suposição pelo agente de estar a actuar ao abrigo de um direito fundamental. Pois esse não é o erro pensado no artigo 16.º, n.º 2; é, sim, um “erro de valoração”, a ser tratado de acordo com o regime do artigo 17.º <sup>(372)</sup>.

Por outro lado, nenhum agente alegará o desconhecimento da proibição geral da ofensa à integridade física. Quando muito, poderá alegar que, embora conhecendo a proibição, não teve a consciência de que ela abrangeria a circuncisão religiosa. Só que este não é já o erro referido na parte final do artigo 16.º, n.º 1, é antes um verdadeiro erro sobre a ilicitude para efeitos do artigo 17.º <sup>(373)</sup>. E mesmo que o agente, de todo o modo, desconhecesse aquela proibição, a resposta seria a mesma. Pois a ofensa à integridade física constitui, indubitavelmente, uma conduta axiologicamente relevante. E a norma da parte final do artigo 16.º, n.º 1 – ainda segundo Figueiredo DIAS –, está pensada para condutas axiologicamente neutras (ou próximas disso), pois só relativamente a estas se pode dizer que o conhecimento da proibição é “razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto” <sup>(374)</sup>.

Não cremos, porém, que seja necessariamente assim. Em nosso entender, o erro sobre a ilicitude típica da circuncisão religiosa pode levar à exclusão do dolo.

Interessa-nos aqui, em particular, o critério pensado para o erro sobre a proibição (artigo 16.º, n.º 1, parte final). Segundo Figueiredo DIAS, estando em causa condutas que comportam em si mesmas uma significativa relevância axiológica, basta ao agente representar a sua prática para poder tomar consciência da ilicitude <sup>(375)</sup>, não se devendo, em tais situações, excluir o dolo. A exclusão do dolo realizada com base naquela norma só se daria nos casos de condutas cuja relevância axiológica fosse mínima e o agente não tivesse conhecimento da norma legal proibitiva.

Esta linha de raciocínio assenta, no entanto, numa visão conceitual-dedutiva – para não dizer

---

<sup>(372)</sup> V. Figueiredo DIAS, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, 437.

<sup>(373)</sup> V. *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 554.

<sup>(374)</sup> V. *idem*, *O Problema da Consciência da Ilcitude*, 397-399; *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 363 e ss.

<sup>(375)</sup> O que não quer dizer, sublinhe-se, que, para este autor, o erro seja tido por censurável em virtude disso.

puramente subsuntiva – da realização do direito penal. Pois dizer que o autor de uma conduta – que, em si mesma, é axiologicamente pouco ou nada relevante – apenas precisa de conhecer a norma legal para já possuir todos os conhecimentos necessários à orientação da sua consciência da ilicitude é partir do princípio de que o tipo legal é como uma caixa de brinquedos com formas; é tratar as condutas típicas como os brinquedos em função dos quais estão formatadas as entradas da caixa e é dizer que o intérprete, no fundo, apenas tem de ver a entrada na caixa com a forma do seu brinquedo para imediatamente perceber que esse seu brinquedo pode entrar na caixa por ali e que, portanto, é um brinquedo típico. Como se a subsunção – admitindo que a decisão do caso concreto se devesse mesmo basear em tal método – devesse ser óbvia para qualquer leigo.

Isto não deixa de ser válido também, note-se, para os casos das condutas ditas axiologicamente relevantes. Pois aí aquela visão dirá que ao agente basta representar correctamente o que está a fazer (i. e., e por referência ao nosso grupo de casos, saber que a operação da circuncisão implica a remoção de uma parte do corpo da criança) para poder já apreender a valoração feita pelo legislador na previsão normativa. Só que também isto supõe aceitar que a solução de um problema jurídico concreto está já contida na norma positivada, o que implica ignorar o carácter normativamente constitutivo da realização judicativo-decisória do direito <sup>(376)</sup>.

Como já explicámos, estamos longe desta perspectiva. Pensamos que os tipos legais contêm critérios decisórios. Tanto na selecção do critério aplicável como na reelaboração posterior desse critério para a obtenção da solução concreta do caso, há várias ponderações a fazer – ponderações que não se podem presumir sempre realizáveis por qualquer leigo.

Em casos como os da circuncisão religiosa, com efeito, certos factores devem ser tidos em conta neste âmbito – pois a sua consideração pode demonstrar que não era suficiente o mero conhecimento das circunstâncias de facto para a orientação da consciência da ilicitude. Avulta, nomeadamente, o facto de a circuncisão religiosa constituir em Portugal, até hoje, uma conduta inquestionada – e não apenas de uma perspectiva jurídico-penal.

Sempre se dirá que não deixa esta intervenção de se traduzir numa lesão corporal grave e irre-

---

<sup>(376)</sup> Devemos notar que, em rigor, o autor não aceita – *rectius*, recusa mesmo expressamente: v. *Direito Penal – Parte Geral*, 554 – a metodologia subsuntivista que dizemos transparecer em alguns pontos do seu pensamento. Pois se entende Figueiredo DIAS que os casos referidos devem ser resolvidos por mediação do critério do artigo 17.º, tal não se deve à pretensão de tratar o agente como um jurista a quem se exige a determinação problematicamente correcta da solução jurídica para o caso. Com efeito, a questão da censurabilidade do erro do agente não fica já resolvida, pois a falta de consciência da ilicitude ainda se poderá ter por não censurável. Ora, como explicamos a seguir, a recusa daquela metodologia subsuntivista é um dos pontos que – reflectindo-se, em geral, numa explanação profundamente exacta da problemática do erro – nos leva a seguir o pensamento geral de Figueiredo DIAS sobre esta matéria. Só que a intenção de ir ao encontro, precisamente, da intenção fundamental desse pensamento leva-nos a construir algumas soluções finais que podem escapar aos pressupostos lógicos do seu sistema. V. também a nota seguinte

versível, e que não deixa o agente de estar consciente de que ocorre a remoção do prepúcio – pelo que não só ele representou correctamente todas as circunstâncias típicas, como ainda tinha conhecimento do critério decisório – e quando este conhecimento, lembre-se, de acordo com a lei, até era desnecessário, pois a afectação corporal constitui uma conduta axiologicamente relevante. Tudo isto a tornar difícil de perceber como se pode explicar o afastamento do dolo deste agente.

A verdade, no entanto, é que estas soluções apenas parecem adequadas aí onde se possa pressupor uma problematidade ética ou moral associada à conduta. Não é o que acontece, porém, quando está em causa um comportamento tido, desde sempre, como aproblemático na sociedade em que o agente vive (e não apenas na sua comunidade específica).

Cremos que os casos de circuncisão religiosa colocam, neste âmbito, um tipo de problema que escapa aos moldes de pensamento da previsão legal dos artigos 16.º e 17.º A lógica da delimitação (entre casos de exclusão do dolo e casos de eventual exclusão da culpa) feita em função da relevância axiológica da conduta em causa mostra-se ali demasiado redutora <sup>(377)</sup>.

Aceitamos que a circuncisão, na medida em que implica uma lesão corporal grave e irreversível, comporta uma carga axiológica que bastará, em geral, para se poder dizer que o agente conhece tudo o que precisa de conhecer para orientar a sua consciência da ilicitude. E até podemos aceitar que não pode obstar a isso o contexto social e cultural específico em que o agente se move, visto que esse mesmo contexto não deixa de se integrar num outro mais vasto – o da sociedade em geral. Só que nos casos que agora discutimos é a própria sociedade em geral – não apenas o grupo cultural

---

<sup>(377)</sup> Insistimos: apesar disto, não rejeitamos a orientação básica do pensamento de Figueiredo DIAS – apenas pretendemos propor as correcções a seguir explanadas no texto. Devemos explicar, no entanto porque não rejeitamos o pensamento referido – já que parece ele deparar com a objecção de que trata, no fundo, o agente como um juiz – ao exigir-lhe que leve a cabo a ponderação decisória que cabe à autoridade judiciária –, ou de que ignora mesmo esse momento normativamente autónomo da actividade judicativo-decisória. E o motivo é o seguinte. De acordo com aquele pensamento, a falta de consciência da ilicitude do agente que já conhecia tudo o que era necessário para perceber o desvalor da sua conduta não é necessariamente irrelevante. Pelo contrário: dependendo da censurabilidade, esse erro pode resultar na exclusão ou atenuação da culpa. O critério que Figueiredo DIAS propõe para aferir essa censurabilidade (o da “rectitude da consciência errónea”) tem na sua base o entendimento de que ela dependerá da constatação de que a valoração do agente, não obstante ser divergente daquela que é feita na análise judicial da sua conduta, é ainda “recta”. Significa isto, para nós, reconhecer que a decisão sobre a ilicitude de uma conduta não está afinal já contida na norma positiva: ela tem de ser obtida por meio de uma reelaboração do critério decisório feita em função do caso concreto. E significa também reconhecer a inevitável subjectividade (se se quiser referir assim a *voluntas* inevitavelmente implicada no global momento judicativo-decisório) dessa mesma reelaboração judicial. Não podendo o reconhecimento dessa subjectividade traduzir-se em aceitar a sobreposição da valoração do agente à do juiz (caso em que a conduta seria considerada lícita apenas porque o agente agiu convencido dessa licitude), ele há-de impor uma análise da ponderação feita pelo agente que permita perceber se a sua conduta é ou não culposa. E o critério de Figueiredo DIAS, na medida em que implica, no fundo, a aceitação de que a ponderação feita pelo agente pode ser diversa da do julgador e, ainda assim, ser *recta* (levando à desculpa), vem ao encontro, nestas suas implicações, do sentido fundamental das objecções que invocámos e que nos levam a propor correcções ao seu pensamento (e que nos levarão, aliás, a não aceitar liminarmente o critério da rectitude da consciência errónea – v. *infra*).

concreto em que se insere o agente – que, por assim dizer, induz o agente em erro <sup>(378)</sup>. Pelo que somos obrigados a, pelo menos, questionar a justiça de afastar, com base na letra do artigo 16.º, a possibilidade de exclusão do dolo.

Há ainda um outro factor que se revela decisivo nesta ponderação. Conforme já referimos, muitos praticantes da circuncisão religiosa agem convictos de que ela implica benefícios médicos (mesmo que apenas preventivos) para a saúde da criança. E não se trata apenas de uma convicção individual, já que é ainda hoje uma crença bastante comum.

Aqui é importante lembrar a atipicidade (da perspectiva do crime de ofensa à integridade física) das intervenções médico-cirúrgicas realizadas por pessoa legalmente autorizada, sob indicação médica, de acordo com as *leges artis* e com finalidade terapêutica. Esta solução normativa – ou, mais concretamente, a centralidade que nela assume a finalidade terapêutica – aponta-nos o valor sistematicamente positivo da consideração das vantagens médicas de uma intervenção cirúrgica. E isto pode ser importante na questão que nos ocupa.

Parece-nos perfeitamente razoável admitir que o agente da circuncisão religiosa age com dolo do tipo, na medida em que ele sabe estar a remover uma parte saudável e importante do corpo de uma criança (e, obviamente, porque age com intenção). O dolo não esgota, porém, a sua relevância como momento do ilícito-típico, só devendo punir-se a título de dolo o agente que revele ainda na sua conduta um momento subjectivo de contrariedade ou indiferença à sistematização normativa das intencionalidades jurídicas <sup>(379)</sup>.

Quando o agente leva a cabo uma conduta socialmente inquestionada – sendo, por aí, induzido em erro sobre o seu suposto carácter permitido; quando, além disso, actua na convicção de que essa conduta, não obstante constituir uma intervenção cirúrgica, comporta benefícios médicos para

---

<sup>(378)</sup> Dirão alguns que isto até pode (ou deve) ter relevância, mas não para determinar a exclusão do dolo, e sim a exclusão da culpa – pois trata-se de perguntar se era ou não exigível ao agente que conhecesse o carácter proibido da sua conduta. Tal objecção pressupõe, porém, que se entenda que o critério da censurabilidade do erro sobre a ilicitude (em função do qual nos decidiremos sobre a possibilidade da exclusão da culpa) se reconduz à averiguação da invencibilidade ou inevitabilidade do erro. Já Figueiredo DIAS demonstrou, porém, que não é disso que se trata no juízo sobre a censurabilidade do erro problematizado no artigo 17.º: v. *O Problema da Consciência da Ilcitude*, 225 e ss.; *Direito Penal – Parte Geral*, 630 e ss. (v. também João Curado NEVES, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 142e ss.) e já na nota anterior se indicou os motivos por que aderimos à orientação fundamental do seu pensamento nesta matéria. Pelo que a posição que levamos em conta na crítica feita no texto é aquela que defende que, perante o referido erro sobre a ilicitude, o que temos de saber é se a consciência ética do agente, apesar de errónea, é a ainda uma consciência recta. Ora, a lógica deste critério impõe uma indiferença às condições em que o agente actuou para efeitos de ajuizamento da censurabilidade do seu erro – não interessando, nomeadamente, se o entendimento social era o de que a conduta era lícita. Pelo que, em conclusão, a posição que levamos em conta no texto não aceita a relevância de tais factores no juízo sobre a censurabilidade do erro. Não tendo eles também relevância para efeitos de exclusão do dolo, teríamos de concluir que eles não relevam de modo nenhum – o que, no pressuposto de se aceitar que a solução justa terá de ser adequada ao condicionamento problemático do caso concreto, nos parece inaceitável.

<sup>(379)</sup> Continuamos a seguir Figueiredo DIAS: v. *Direito Penal – Parte Geral*, 273.

o visado; quando, por fim, ele está convencido de que esses benefícios compensam a própria lesão corporal, na medida em que esta lhe aparece como insignificante, então, a nosso ver, o agente actua em erro que prejudica a formação daquele momento emocional do dolo e que, por isso, deve ter por consequência a exclusão do dolo da culpa <sup>(380)</sup>.

Numa tal situação, restará apenas a possibilidade de responsabilizar o agente por uma ofensa à integridade física negligente (artigo 148.º). Ora, pelo menos no respeitante à ilicitude, não será de estranhar que se considere violado um dever de cuidado [artigo 15.º, al. b)], na medida em que o agente não tenha tido qualquer preocupação de se informar sobre os dados médicos relativos às consequências da circuncisão. Já se o agente teve conhecimento, por exemplo, de um estudo médico a defender as supostas vantagens desta intervenção, a afirmação da violação de um dever de cuidado parece dever ser afastada.

Próximos, mas diferentes, serão os casos em que o agente actua convencido de que a conduta é permitida, mas não tendo presentes ou não imaginando sequer quaisquer vantagens médicas – na medida em que a existência destas é indiferente na sua lógica representativa. Em tais situações, afastamo-nos do erro que acabamos de referir e aproximamo-nos do erro de valoração que já só pode relevar a nível da culpa, como passamos a explicar.

Implicando a circuncisão da criança uma lesão corporal grave e irreversível de alguém colocado numa situação de especial fragilidade e de incapacidade de defesa, ela pode ter-se como uma conduta de premente relevância axiológica. Estes factores impõem-nos a conclusão de que não basta a convicção geral da permissividade da conduta para podermos ter por prejudicadas as condições de aparecimento do momento emocional do dolo <sup>(381)</sup>. Tal juízo carece, por isso mesmo, da verificação de factores adicionais, como a convicção (do agente) de que a conduta implica benefícios médicos

---

<sup>(380)</sup> Já a propósito de outros âmbitos problemáticos tem sido criticado o pensamento de Figueiredo DIAS sobre a delimitação entre casos de erro-que-exclui-o-dolo e de erro-que-exclui-a-culpa, ou mesmo sem crítica expressa, tem-se defendido soluções divergentes: v. José António VELOSO *Erro em Direito Penal*, 24-25; Fernanda PALMA, “Exclusão do Dolo por Erro” (em vias de publicação), 629 e ss. Estas soluções têm-se traduzido em restringir o âmbito da solução normativa de exclusão do dolo por erro com base no critério do artigo 16.º, n.º 1, parte final. Ora, concordando nós com a posição desta última autora, não podemos deixar de notar que ela parece afastar-se do “sentido possível” das palavras do artigo; pelo que só poderá explicar-se a sustentabilidade das soluções preconizadas no trabalho referido no entendimento da norma como critério de decisão, a ser interpelado nos seus fundamentos para poder cumprir a sua função de orientação da solução decisória.

<sup>(381)</sup> Note-se que isto vale para o caso específico da circuncisão de crianças, precisamente pelos motivos que acabamos de indicar (tratar-se de uma lesão corporal irreversível e ser esta realizada numa pessoa especialmente carecida de protecção). Já noutros casos de condutas axiologicamente relevantes (e em que Figueiredo DIAS não poderia, por isso mesmo, aceitar a exclusão do dolo com base no artigo 16.º, n.º 1, parte final) parece-nos perfeitamente possível virmos a concluir que a convicção geral sobre a permissividade da conduta leva à exclusão do dolo – tudo dependendo de saber se aquela convicção geral contribuiu para a formação de representações erróneas no agente que impossibilitaram o aparecimento do momento emocional da culpa dolosa.

para a criança e a de que a intervenção é de reduzida importância. Só assim, com efeito, se pode afirmar que as representações do agente impossibilitam a afirmação da atitude de contrariedade ou indiferença à Ordem Jurídica.

Antes de prosseguirmos, chamamos mais uma vez a atenção para o facto de que cada caso tem as suas particularidades, a sua história. Pelo que estas propostas de orientação devem sempre ser tidas em conta em função do problema que aquelas particularidades apresentam. E deve ser aí também importante o momento em que o caso concreto é discutido. Pois à medida que o debate sobre a circuncisão for mudando as perspectivas sociais sobre os dados médicos desta intervenção, o enquadramento jurídico que acabamos de dar às representações erróneas do agente da circuncisão religiosa terá, necessariamente, de ser repensado.

## **9.2. Segunda hipótese – a censurabilidade do erro sobre a ilicitude**

Concluímos que, fora dos casos em que se verifiquem os elementos enunciados, o erro do agente que actua na convicção da legitimidade da realização da circuncisão religiosa constitui um erro sobre a ilicitude que só poderá ter relevância ao nível da culpa. Ora, como decidir se esse erro deve, efectivamente, conduzir ao afastamento da culpa? Que pontos serão determinantes nessa ponderação?

De acordo com Figueiredo DIAS, decisivo é saber se a consciência ética do agente, apesar de errónea, ainda se pode dizer recta. Assim, o que temos de averiguar é se descobrimos ou não na conduta do agente uma “rectitude da consciência errónea”.

Segundo o mesmo autor, tal rectitude poderá ser afirmada quando estiver em causa, em primeiro lugar, uma questão controversa – a significar isto que existe, no caso concreto, uma pluralidade de valores relevantes para o Direito em conflito; quando, em segundo lugar, a conduta do agente atenda a pelo menos um desses valores e quando, por fim, este tenha sido precisamente o propósito do agente <sup>(382)</sup>.

Ora, não descortinamos, nos casos de circuncisão religiosa, o propósito de prosseguir um valor relevante para o direito. Pelo que este critério não parece poder oferecer a possibilidade de uma solução de desculpa.

Há uma ideia fundamental que podemos descobrir neste pensamento: a de que o agente será

---

<sup>(382)</sup> V. Figueiredo DIAS, *O Problema da Consciência da Ilicitude*, 362 e ss.; *idem*, *Direito Penal – Parte Geral*, 637 e ss.



desculpado quando a sua conduta não deixe de revelar uma certa conformidade à intencionalidade fundamental do sistema axiológico-normativo – apresentando-se o agente, na medida dessa conformidade, como uma pessoa ainda “eticamente bem formada” <sup>(383)</sup>. É uma ideia, a nosso ver, correcta.

Já Fernanda PALMA chamou, porém, a atenção para o fechamento que caracteriza aquele critério. Fechamento que se traduz em reduzir a possibilidade de desculpa à conformação ao sentido normativo abstracto dos valores protegidos pelo Direito.

A um tal critério contrapõe a autora um pensamento bastante divergente – desde logo, nas suas raízes filosóficas –, pelo qual procura sustentar uma ética das emoções. Ética que ofereceria outras potencialidades na compreensão do agente como pessoa moral que não merece ser culpada.

O critério proposto por Figueiredo DIAS parece basear-se na pressuposição de que a ponderação feita pelo agente tem por objecto os valores na sua vigência abstracta, independente das relações concretas da vida. Com base no pensamento de autores como G. E. MOORE ou Patricia GREENSPAN, porém, vem Fernanda PALMA defender que o valor só pode sê-lo na pressuposição de uma “relação afectiva individual com um certo objecto”. Nesta medida, tanto a normatividade ética como a jurídica têm uma base emotiva, só podendo o critério jurídico ser motivador quando os valores abstractos por ele protegidos se traduzirem em bens que, na lógica afectiva que estrutura a pessoa do agente, promovem, em última análise, a sua identidade pessoal <sup>(384)</sup>.

São, assim, razões de justiça a impor que a decisão sobre a censurabilidade do erro do agente não possa ser reduzida à verificação da prossecução de certos valores considerados em abstracto, com independência da concreta estrutura ético-afectiva do autor da conduta. Tal impedir-nos-ia de perceber que, por vezes, o agente não poderia ter presente o sentido normativo que o critério jurídico aplicável assume perante o caso concreto (em que é problematizada a conduta desse agente), na medida em que o seu quadro ético-afectivo (a reflectir-se no significado prático concreto que os valores em causa têm para si) o impediu de apreender esse mesmo sentido normativo. E tal acontecerá, tipicamente, nos casos em que o agente provenha de um meio cultural que, pela sua especifici-

---

<sup>(383)</sup> V. Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa*, 167 e ss. (em especial, 171).

<sup>(384)</sup> V. *idem*, 144 e ss. V. também Carlos CASTILLA DEL PINO, *Teoría de los Sentimientos*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Tusquets Editores, 2009, 85 e ss. (“El valor es una apreciación cognitivo-evaluativa del sentimiento. Por eso, no hay valores sin objecto que valorar (...). El deseo está en la base del sentimiento que nos provoca el objeto, y del sentimiento emerge el valor *como* algo independiente de cualquier relación con el objeto.”). Note-se que não adoptamos a teoria radicalmente subjectiva sobre os valores seguida pelo autor acabado de citar (veja-se também os filósofos que ele mesmo cita em *op. cit.*, 359<sup>11</sup>). Apenas reconhecemos a premência da preocupação de atender ao facto de que a lógica de motivação pelos valores é uma lógica afectiva e que na emotividade das escolhas éticas do agente se joga a construção da sua identidade – o que pode resultar em que a estrutura ético-afectiva do agente o impeça de apreender correctamente (segundo o padrão do juízo de ilicitude) o sentido prático-normativo dos valores em causa no caso concreto. O juízo da culpa não pode deixar de dar relevância a estes factores.

dade face ao sistema axiológico-normativo, tenha conformado decisivamente o seu referido quadro ético-afectivo, levando-o ao erro <sup>(385)</sup>.

Importa aqui dar razão aos autores comunitaristas que têm insistido na importância do contexto social e cultural em que nascemos e vivemos para a formação da nossa identidade e para a aceitação dos valores que nos movem <sup>(386)</sup>.

O interesse destes contributos, de que já extraímos alguns pontos interrogadores importantes, justifica-se pelas ilações seguintes.

A primeira é a de que devemos reconhecer que o contexto cultural em que vive o agente explica em grande medida a sua lógica motivacional. E isto significa, lembre-se, que esse contexto é decisivo no que respeita ao significado que assumem os valores – incluindo os protegidos pelo Direito – para o agente nas circunstâncias concretas em que ele actua. Não se trata, portanto, de saber se a integridade física, por exemplo, é ou não um valor que o agente respeite em si mesmo, mas sim de perceber se o agente podia ou não, *no caso concreto*, motivar-se pela obrigação de respeitar esse valor <sup>(387)</sup>. E isto liga-nos à segunda ilação.

Para percebermos se o agente se podia motivar por aquela obrigação, pode ser decisivo – como acabamos de referir – perceber o modo como o contexto cultural do agente condicionou a formação da sua lógica ético-afectiva. Mas só poderemos dar a devida relevância a tais factores se tivermos em conta que os entendimentos comunitariamente partilhados sobre o sentido normativo dos valores – e sobre os próprios valores – se repercutem na compreensão intersubjectiva que o agente atinge de si mesmo; pois isto resulta em que a certas condutas, explicáveis somente por entendimentos partilhados num certo grupo cultural, podem estar subjacentes propósitos profundos de construção de identidade pessoal.

Não precisamos de desenvolver a demonstração de como a circuncisão religiosa oferece um óptimo exemplo disto mesmo – basta-nos lembrar que ela se assume como um ritual que, por exemplo, no caso dos judeus, funcionou historicamente como meio de identificação, de combate à

---

<sup>(385)</sup> V. Fernanda PALMA, *O Princípio da Desculpa*, 208.

<sup>(386)</sup> Não quer isto dizer que só o comunitarismo aceite essa importância – nada impede, por exemplo, o liberalismo de o fazer também [v., neste sentido, Simon CANEY, “Liberalism and Communitarianism: a Misconceived Debate”, *Political Studies*, 40 (2), 1992 (273-289), 274 e ss.]. Devemos reconhecer, porém, o importante papel (pelo menos no debate da filosofia política) do comunitarismo na chamada de atenção para estes aspectos.

<sup>(387)</sup> Tem, assim, para nós todo o sentido o que diz Fernanda PALMA, quando conclui que no erro sobre a ilicitude não se tratará tanto (pelo menos, não nos exemplos que a autora trata – como também não, certamente, no da circuncisão religiosa) de “um mero desconhecimento do que é ilícito” (como aconteceria em alguns exemplos avançados por Figueiredo DIAS, em que o agente desconhece, pura e simplesmente, a norma proibitiva), mas sim de uma “falta de sensibilização pelos valores do Direito”, originada pelo facto de que “obstáculos emocionais”, dependentes da “vivência cultural dos valores”, se repercutem na “interpretação do significado das situações concretas imposta pelo projecto existencial do agente”: v. *O Princípio da Desculpa*, 214.

descaracterização e opressão – de manutenção, enfim, da identidade comunitária.

Podemos concluir, portanto, que o contexto motivacional do agente da circuncisão religiosa – e, mais exactamente, o meio cultural que o enquadra – explica, decisivamente, a sua incapacidade de apreender o sentido normativo que o critério de punição da ofensa à integridade física assume no caso da circuncisão religiosa. Temos de nos perguntar, porém, se bastará isto para fundamentar a desculpa do agente.

A resposta tem de ser negativa para quem, como nós, aceitou a ideia fundamental que retirámos do pensamento de Figueiredo DIAS: a de que as motivações do agente têm de revelar ainda uma certa conformidade à intencionalidade fundamental do sistema normativo. O que impõe uma avaliação dessas motivações. Não bastará, portanto, constatar que o código ético-afectivo por que se guia o agente tornou impossível a apreensão da “solução correcta” no caso.

A avaliação não deverá guiar-se pela referência ao quadro abstracto de valores relevantes para o Direito. Uma tal limitação desconsideraria por completo as perturbações que a estrutura ético-afectiva do agente pode implicar na apreensão do sentido normativo-prático dos valores em conflito no caso concreto.

A censura da pessoa do agente só poderá, então, dizer-se justa na base de uma compreensão da vivência emocional, por esse agente, dos valores em conflito. É que só uma tal compreensão permitirá afirmar que o juízo de censura (que eventualmente venha a ter lugar) é dirigido à pessoa concreta do agente. Essa compreensão, por outro lado, permitirá perceber qual a racionalidade subjacente às emoções do agente, qual a lógica que elas revelam. E é por aí que ela legitimará a possibilidade do próprio juízo de censura – o juízo de censura poderá dizer-se legítimo quando ainda estiver baseado numa compreensão da racionalidade ético-afectiva do agente.

Dissemos que as motivações do agente têm de revelar ainda uma conformidade à intencionalidade jurídica fundamental do quadro axiológico-normativo. Não devemos, porém, avançar na concretização material do conteúdo de tal intencionalidade, sob pena de tendermos a regressar aos critérios normativos já consagrados no sistema – transformando, no fim de contas, o juízo de culpa num juízo de ilicitude de segundo grau ou atenuado. Devemos antes procurar limitar-nos, tanto quanto possível, à vertente formal dessa intencionalidade.

Sendo ela a que corresponde às valências orientadoras de uma sociedade liberal, podemos tentar uma formulação possível da condição formal de possibilidade desta sociedade: o respeito pelo – a traduzir-se numa não imposição ao – espaço de liberdade do outro. O valor deste espaço de liberdade assenta na ideia da pessoa como ser autónomo e digno que deve gozar das condições de desen-

volvimento dos seus projectos de vida.

Com base nestas orientações muito básicas, podemos já descortinar algumas direcções na apreciação da culpa dos agentes da circuncisão religiosa.

Aceitamos que os pais que submetem o seu filho à circuncisão religiosa o façam não apenas movidos por um sentimento de dever, mas também por sentimentos de afecto para com a criança. Só que o simples facto de a circuncisão religiosa ser um acto de amor não a torna desculpável. A lógica amorosa pode, como bem se sabe, revelar-se possessiva, ou mesmo assassina, como em muitos casos de homicídios passionais. Pelo que o juiz terá sempre de perceber a racionalidade dos afectos do agente da circuncisão religiosa.

Inclinamo-nos a aceitar que muitos destes pais agem movidos por uma lógica amorosa que não merece censura, ou que merece uma atenuação dessa censura. Serão as situações em que a racionalidade das motivações do agente traduz um sentimento de cumprimento de uma obrigação pensada para o filho. Muitos serão os casos em que a circuncisão é, no fundo, vista e sentida como uma dádiva oferecida à criança. Estará então em causa um gesto que visa fazer o filho participar de uma aliança ou pacto sagrado que envolve toda a respectiva comunidade – e já conhecemos a importância que isto tem na estruturação da identidade do próprio agente. Os sentidos de dádiva, comunhão, partilha – para não falar da própria convicção de se estar a salvar (de acordo com a doutrina da religião em causa) a própria criança – permitem-nos falar, assim, numa lógica motivacional desculpável.

Quando este agente actua ainda na convicção de que a operação envolve uma lesão de pouco significado para a criança, ou, ainda mais, quando está convencido de que ela lhe traz benefícios para a saúde <sup>(388)</sup>, cremos que a tendência deverá ser, então, a da desculpa.

Já se o agente não tem uma tal representação sobre vantagens médicas – ou sendo-lhe elas totalmente indiferentes –, mas nas suas motivações se revela ainda a lógica amorosa (dadivosa ou altruísta) referida, parece-nos dever tender então a solução para a atenuação da culpa (artigo 17.º, n.º 2, parte final). A lógica referida explica a diminuição da censura, mas a verdade é que a indiferença (em certa medida) perante a lesão provocada na criança indicia já a aceitação de que a dádiva que se oferece implica um sacrifício para quem a recebe – sacrifício que o próprio agente aceita no lugar da criança, revelando-se assim já um momento de desrespeito pelo espaço de liberdade do outro.

Uma outra situação possível será o caso do agente que não vê tanto a circuncisão como um

---

<sup>(388)</sup> Pressupondo aqui que se tenha optado por não excluir logo o dolo da culpa (v. *supra*) – opção que fará sentido, por exemplo, quando esta convicção se limite apenas ao grupo cultural em que a conduta é realizada, não sendo já dominante na sociedade em geral.

gesto que ele realiza para a criança, mas antes como o cumprimento de um mandamento que recai sobre si. Não se trata de fazer algo para a criança, mas sim para si mesmo, portanto <sup>(389)</sup>.

Nesta última hipótese, já nos parece muito mais difícil aceitar a diminuição da censura – e a resposta fica ainda mais clara quando o agente não se interessa pelas consequências, em termos de saúde, para a criança. Com efeito, as suas motivações revelam, nestas circunstâncias, uma lógica de indiferença ou mesmo desprezo pelo outro como pessoa, uma desconsideração da sua autonomia e uma redução da criança a mero objecto de cumprimento de projectos pessoais do agente.

Este último caso, aliás, aproxima-se já das situações com a análise das quais concluiremos o presente trabalho: as de conflito de deveres desculpante.

## 10. Circuncisão religiosa e conflito de deveres desculpante

Quando o agente da circuncisão religiosa não alegue um desconhecimento da proibição desta conduta – e a tendência será a de não o fazer, à medida que a tomada de consciência da ilicitude da prática se for generalizando na sociedade –, deverá ser considerado se estamos ou não perante um conflito de deveres desculpante.

Esta figura constitui uma causa de desculpa, como se deduz da sua designação. O facto de não estar legalmente prevista não obsta ao seu reconhecimento. Cremos que este se impõe em face das insuficiências dos critérios de desculpa expressamente previstos para dar cumprimento às exigências de um juízo de censura que se quer pessoal <sup>(390)</sup>.

Os casos de circuncisão religiosa apresentam um bom exemplo das insuficiências da limitação do juízo de (des)culpa aos critérios legalmente previstos. Veja-se, com efeito, que não está aqui em causa nenhum dos bens jurídicos referidos no artigo 35.º, n.º 1 (estado de necessidade desculpante), o que afastaria liminarmente a possibilidade de desculpa (no pressuposto, lembre-se, de não haver erro sobre a ilicitude), visto que a pertinência dos outros critérios legais é claramente de afastar.

Isto parece traduzir uma lógica fechada à possibilidade de outros valores apresentarem, na relação ético-afectiva do agente com as possibilidades práticas do caso concreto, uma relevância tal

---

<sup>(389)</sup> Note-se que a rigidez das fronteiras entre estes casos é, obviamente, artificial. O normal será que os pais não ajam motivados exclusivamente pelo sentimento de dever ou apenas por um propósito marcadamente altruísta. Caberá ao julgador a difícil tarefa de descortinar a componente prevalecente na racionalidade emotiva de cada agente no caso concreto. As nossas considerações valem apenas, portanto, como orientações decisórias.

<sup>(390)</sup> V. António Brito NEVES, “Do Conflito de Deveres Jurídico-Penal: Uma Perspectiva Constitucional”, *O Direito*, 144 (3), 2012 (673-727), 707 e ss.

que o agente jogue, nas opções práticas que tem à sua disposição, o seu projecto existencial – aquele que lhe define a identidade. Perante essa possibilidade, o juspenalista não pode eliminar, logo à partida, a relevância de outros valores para efeitos de desculpa.

Mesmo que se entendesse que o critério do artigo 35.º, n.º 1, já permite conferir o devido relevo a todos os valores que possam condicionar o juízo de desculpa, e mesmo que se conseguisse fundamentar isso – tentar-se-ia, nomeadamente, explicar a proximidade dos valores em causa aos interesses expressamente previstos no artigo 35.º, n.º 1, ou demonstrar que o regime do n.º 2 já oferece todas as possibilidades exigíveis de reconhecimento de relevância a esses outros valores –, tal não permitiria ultrapassar uma segunda objecção. Num caso em que o agente tenha optado por cumprir um certo dever em detrimento do dever jurídico que se lhe impunha (juridicamente) que cumprisse, o juízo de desculpa terá de levar em conta a especificidade problemática que daí resulta – referimo-nos ao facto de a decisão ilícita do agente passar pelo entendimento de que está a cumprir um dever de valor superior. Ora, a lógica dos critérios do artigo 35.º, n.º 1, não leva em conta essa especificidade, já que não é para esse âmbito problemático que esses critérios estão pensados, não se mostrando, por isso, adequados perante ele – pelo que nos parece que só o critério da figura do conflito de deveres desculpante permitirá a obtenção de uma solução adequada para estes casos <sup>(391)</sup>.

Na medida em que conflituam um dever jurídico – o dever de não lesar a criança – e um dever religioso – o dever de cumprir o mandamento de realizar a circuncisão no filho –, os casos de circuncisão religiosa apresentam situações que devem ser analisadas nos termos do conflito de deveres desculpante. A possibilidade de desculpa em tais situações explica-se pelo comprometimento com o dever que o agente assume, quando nesse comprometimento ele dê sentido, em maior ou menor medida, ao seu projecto ético-existencial <sup>(392)</sup>.

---

<sup>(391)</sup> Apresentámos esta objecção e a referida no parágrafo anterior em “Do Conflito de Deveres Jurídico-Penal”, 708-709. Aí indicámos ainda um terceiro argumento (que, em certa medida, constitui uma concretização exemplificativa do que acaba de se dizer no texto): o critério do artigo 35.º, n.º 1, não pode cumprir a função de mediação na elaboração de uma solução adequada para os casos em que o agente opta por não cumprir nenhum dos deveres jurídicos que recaiam sobre si: é que em tal hipótese o agente não salvaguarda nenhum dos valores referidos no artigo, pelo que este critério parece apontar, inevitavelmente, a solução da punibilidade. Ora, alguns desses casos apresentam especificidades que, na sua problematicidade, reclamam outro tipo de orientação normativa – orientação que o critério do estado de necessidade desculpante não pode oferecer, ao determinar que a mera constatação de que não foi defendido nenhum dos valores referidos torna inúteis quaisquer outras ponderações, incluindo as atinentes à insolubilidade do conflito ético-existencial vivido pelo agente. Um exemplo desse tipo de casos é o da mãe que, perante dois filhos em perigo de vida e tendo de escolher um deles, não consegue optar por nenhum: analisámos este problema do ponto de vista do conflito de deveres desculpante em *ibidem*, 721 e ss., explicando aí porque entendemos que essa mãe pode ser desculpada, apesar de não cumprir dever nenhum.

<sup>(392)</sup> V. *ibidem*, 710-712. Destacando o conflito vivido pelos agentes nos casos de circuncisão religiosa (ainda que não identificando o conflito de deveres desculpante) e considerando que essa situação pode fundamentar a desculpa (estabelecendo uma comparação com decisões jurisprudenciais sobre casos envolvendo recusas de tratamento por Tes-

O pensamento comunitarista, de que já atrás deixámos algumas notas, permite-nos perceber melhor como isto acontece (ou pode acontecer) nos casos de circuncisão religiosa. Com efeito, e recorrendo ao exemplo do judaísmo, a circuncisão tem o papel simbólico de inscrever a marca da aliança divina do povo judaico com Deus; ela assume, desse modo, uma função essencial de partilha identitária entre os membros dessa comunidade, na medida em que se trata de uma marca de identidade do grupo e, simultaneamente, de cada um dos indivíduos como seus membros – reconhecendo-se aí também esses indivíduos mutuamente como membros da comunidade. Assim, ela ganha um papel fulcral do ponto de vista de cada agente: pois sendo a circuncisão uma marca essencial da identidade do indivíduo enquanto membro da comunidade (judaica), será natural que o agente assuma o dever de a realizar como um momento determinante no cumprimento do seu projecto ético-existencial, já que aquele dever se reconduz a uma exigência de definição da sua identidade e, deste modo, a uma verdadeira exigência de autenticidade.

Isto explica, em suma, a possibilidade de desculpa do agente da circuncisão religiosa que age em conflito de deveres.

Mais uma vez notamos, porém, que não basta perceber que o agente antepôs o sentido prático-normativo resultante da avaliação das opções de acção disponíveis à luz da sua estrutura ético-afectiva ao sentido normativo resultante do sistema jurídico para concluirmos necessariamente pela desculpa. Já sabemos que cabe ainda analisar a racionalidade que se possa perceber do concreto jogo de emoções em que o agente se decidiu pela conduta ilícita, de modo a verificar se há ou não uma conformidade com a fundamental intencionalidade do sistema axiológico-normativo.

Podemos retomar as variantes práticas que distinguimos no enquadramento do erro sobre a ilicitude nos casos de circuncisão religiosa. Consideremos, em primeiro lugar, a hipótese em que os agentes encaram o dever de cumprimento do mandamento da circuncisão como uma obrigação que têm para com o filho.

Pelo que dissemos *supra*, quando considerámos o erro sobre a ilicitude, pensamos que há motivos para aceitar aqui uma diminuição da censura do agente. Ao contrário das indicações que ali demos, porém, dificilmente a culpa será completamente afastada (embora não rejeitemos definitivamente esta solução): é que agora, lembre-se, o agente já não está em erro, ele está ciente da ilicitude da sua conduta. Deste modo, dificilmente deixará de estar consciente de que a intervenção a que sujeita o seu filho tem para este (também) um sentido ofensivo. Significa isto que por muito que o

---

temunhas de Jeová), Matthias JAHN, “Zirkumzision als Körperverletzung”, *JuS*, 52 (9), 2012 (850-852), 852. Referindo a possibilidade de aqueles agentes invocarem o conflito de deveres desculpante, embora expressando dúvidas sobre se não seria melhor outro tratamento do problema (não indicando, porém, qual), SILVA SÁNCHEZ, “Circuncisión Infantil”, 5.

movia a afeição pelo filho, a verdade é que ele sabe que a dádiva que lhe oferece implica para a criança uma dose de sofrimento e sacrifício, pelo que a realização da circuncisão nessas condições denuncia uma postura de imposição do espaço próprio de liberdade (de decisão) ao espaço do outro, uma menorização da criança como pessoa autónoma que deve ter a oportunidade de decidir aceitar ou recusar a dádiva oferecida.

Admitimos, de todo o modo, que será importante perceber se o significado que a circuncisão tem para o agente não acaba por levá-lo a relativizar a dimensão da lesão que impõe à criança <sup>(393)</sup>. Pois isso resultará na percepção de um sentido ofensivo diminuto <sup>(394)</sup>, reforçando-se, nessa medida, o que há de positivo na sua lógica motivacional – podendo, no limite, impor-se a desculpa.

Já quando o que move verdadeiramente o agente é o puro sentimento de dever – ou seja, o agente sente-se obrigado para consigo mesmo, não tanto para com a criança –, então resultará mais difícil atenuar a censura. Nesta situação, o agente impõe a realização do seu projecto existencial à custa da realização dos demais, podendo assim fundamentar-se a sua culpa.

Isto sai reforçado se nos lembrarmos que o visado ou sacrificado (a criança) não interveio previamente de modo nenhum na esfera do agente. A actuação deste não constitui, por isso, resposta a uma colocação objectiva dos seus bens jurídicos em perigo, nem sequer a uma actuação ofensiva da criança. Pelo que não sendo a conduta do agente uma *reação* (por definição, condicionada, na medida em que é provocada), mas sim uma intervenção lesiva independente e incondicionada na esfera de outrem, é descortinável na lógica desta motivação o sentido de um projecto de liberdade que se assume na subjugação dos demais, ou seja, não respeita a lei geral de liberdade que deve reger a articulação abstracta entre os projectos existenciais de cada um.

À medida que o tempo passe e, conforme esperamos, a consciência da danosidade da circuncisão se vá generalizando, a lógica motivacional dos agentes que insistam na prática da circuncisão

---

<sup>(393)</sup> Convém aqui distinguir: referimo-nos à percepção que o autor tem da dimensão da lesão. Essa percepção pode ser distorcida pela motivação que o agente tem para realizar a conduta. Algo diferente acontecerá quando o agente tenha uma percepção correcta da dimensão da lesão mas, em função daquela motivação, acabe por lhe atribuir pouca importância. Colocando em termos mais simples: no texto, referimo-nos à hipótese de a importância que a realização da circuncisão assume para o agente acabar por distorcer a sua noção dos danos da operação. Algo diverso acontecerá quando o agente tenha uma noção exacta desses danos mas, por causa da importância que tem para si a operação, acabe por relativizar o significado da lesão, aceitando a preponderância do dever de circuncidar. No fundo, trata-se de uma distinção próxima daquela entre percepção e valoração. Diferentemente do primeiro caso (em que, como explicamos a seguir no texto, a censura será menor ou poderá mesmo a ser afastada), no segundo parece confirmar-se a lógica de imposição de um espaço de liberdade a outro e de menorização da pessoa do outro, reforçando, assim, a justeza do juízo de censura.

<sup>(394)</sup> Note-se que não há aqui um erro, *rectius*, não ocorre aqui nenhum erro relevante para afastar o dolo ou a culpa nos termos dos critérios dos artigos 16.º e 17.º – do mesmo modo que não age em nenhum erro desse tipo o agente que, por exemplo, agride outra pessoa com um murro e fica com a ideia de que lhe causou menos danos do que aqueles efectivamente provocados (que não são, ainda assim, suficientes para se falar numa ofensa à integridade física grave).



religiosa tenderá a identificar-se com esta última hipótese, e cada vez menos com as apontadas anteriormente, em que admitimos o enfraquecimento do juízo de censura, ou mesmo a imposição da desculpa.

## Conclusões

Envolvendo uma lesão corporal grave e irreversível de alguém incapaz de consentir, os casos de circuncisão religiosa revelam um carácter problemático de uma perspectiva jurídico-penal.

A análise problematicamente adequada da materialidade destes casos permite seleccionar o critério de punição da ofensa à integridade física como adequado a orientar a solução decisória.

A confirmação desse juízo de adequação exige não apenas a experimentação de possíveis motivos justificadores da conduta, mas também a realização de um juízo de proporcionalidade, necessário no momento histórico em que o problema foi tratado.

A confirmação da adequação material-problemática do critério decisório seleccionado permite afirmar a ilicitude típica da circuncisão religiosa.

A particularidade problemática própria do caso concreto exige, porém, que o juízo decisório interpele os fundamentos materiais do critério em função das circunstâncias específicas pertinentes – como as vivências subjectivas do agente no momento da prática da conduta. Essa interpelação far-se-á nos termos do pensamento da culpa.

Só se mostrará justa uma solução do caso concreto que revele a compreensão do acto como possível expressão da identidade da pessoa do agente.

## BIBLIOGRAFIA

Nota: todos os *sites* indicados foram consultados até 5.10.2013

ABU-SAHLIEH, Sami A. Aldeeb, “To Mutilate in the Name of Jehovah or Allah: Legitimization of Male and Female Circumcision” (trad. por Frederick M. Hodges), *Medicine and Law*, vol. 13, n.º 7-8, 1994 (575-622) [<http://www.cirp.org/library/cultural/aldeeb1/>].

ABU-SAHLIEH, Sami A. Aldeeb, *Circoncision Masculine et Féminine – Débat religieux medical, social et juridique*, 2.<sup>a</sup> ed., Centre de Droit Arabe et Musulman, 2012.

ABUSCH, Ra’anan, “Circumcision and Castration under Roman Law in the Early Empire”, in Elizabeth Wyner Mark (ed.), *The Covenant of Circumcision – New Perspectives on an Ancient Jewish Rite*, Brandeis University Press, 2003 (75-86).

ABUSHARAF, Rogaia Mustafa, “Unmasking Tradition: A Sudanese Anthropologist confronts Female ‘Circumcision’ and its ‘Terrible Tenacity’”, *The Sciences*, vol. 38, n.º 2, 1998 (22-28) [[http://www.panix.com/userdirs/jwinters/thesciences/Abusharaf\\_MA98/AbusharafFrame.html](http://www.panix.com/userdirs/jwinters/thesciences/Abusharaf_MA98/AbusharafFrame.html)].

ADRAGÃO, Paulo Pulido *A Liberdade Religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002.

AMELUNG, Knut/LORENZ, Jörn, “Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung”, in Gerhard Dannecker/Winrich Langer/Otfried Ranft/Roland Schmitz/Joerg Brammsen (org.), *FS für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, Köln: Carl Heymanns, 2007 (527-533).

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo Para a Fundamentação de um Paradigma Dualista* (Reimpr. da ed. de 1990), Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa, anotação ao art. 150.º (Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos), in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (1.ª ed.: 1999) (457-475).

ANDRADE, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001 (1.ª ed.: 1983).

ARCHARD, David William, *Children, Family and the State*, Aldershot: Ashgate, 2003.

BECK, Volker/KÜNST, Renate, “Das ist keine Straftat”, *Berliner Zeitung*, 9.7.2012 [<http://www.berliner-zeitung.de/kultur/beschneidungs-debatte-das-ist-keine-straftat,10809150,16572948.html>].

BEULKE, Werner/DIEßNER, Annika, « „(...) ein kleiner Schnitt für einen Menschen, aber ein großes Thema für die Menschheit“ - Warum das Urteil des LG Köln zur religiös motivierten Beschneidung von Knaben nicht überzeugt », *ZIS*, 7 (5), 2012 (338-346).

BIELEFELDT, Heiner, “Menschenrecht, kein Sonderrecht”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (71-82).

BOUCHARD, Gérard, “Qu’est ce que l’Interculturalisme?”, *McGill LJ*, vol. 56, n.º 2, 2011 (395-433) [versão em inglês: “What is Interculturalism?”, *McGill LJ*, vol. 56, n.º 2, 2011 (ou 2010?) (435-468)].

BRITO, José de Sousa e, “A Lei Penal na Constituição”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Petrony, 1978 (197-254).

BRITO, Teresa Quintela de, “Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores”, in Teresa Quintela de Brito et al., *Direito Penal – Parte Especial - Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (541-613).

BRONZE, Fernando José, *Lições de Introdução ao Direito*, reimpr. da 2.<sup>a</sup> ed. de 2006, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010 (1.<sup>a</sup> ed.: 2002).

BRONZE, Fernando José, “Breves Considerações sobre o Estado Actual da Questão Metodonomológica”, in Fernando José Bronze, *Analogias*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012 (9-29) [originalmente publicado in *BFD*, 69, 1993 (177-199)].

BROYDÉ, I., “Circumcision”, in Isidore Singer (ed.), *The Jewish Encyclopedia - A descriptive record of the history, religion, literature, and customs of the jewish people from the earliest times to the present day*, 4.<sup>o</sup> vol. (*Chazars – Dreyfus Case*), New York/London: Funk & Wagnalls Company, 1903 (92-102).

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung”, *GA*, 142 (9), 1995 (179-191).

CANEY, Simon, “Liberalism and Communitarianism: a Misconceived Debate”, *Political Studies*, 40 (2), 1992 (273-289).

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, anotação ao artigo 25.<sup>o</sup>, in J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (artigos 1.<sup>o</sup> a 107.<sup>o</sup>), 4.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (453-457).

CASTILLA DEL PINO, Carlos, *Teoría de los Sentimientos*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Tusquets Editores, 2009 (1.<sup>a</sup> ed.: 2002).

ÇETIN, V. Zülfukar / WOLTER, Salih Alexander, “Forsetzung einer »Zivilisierungsmission«: Zur deutschen Beschneidungsdebatte”, in Zülfukae ÇETIN/Heinz-Jürgen VOß/Salih Alexander WOLTER, *Interventionen gegen die deutsche »Beschneidungsdebatte«*, Münster: Edition Assemblage, 2012 (15-50).

COOK, John W., *Morality and Cultural Differences*, New York: Oxford University Press, 1999.

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I (com a colaboração de Figueiredo Dias) reimpr. Coimbra: Almedina, 2010.

CUERDA RIEZU, Antonio, *La Colisión de Deberes en Derecho Penal*, Madrid: Tecnos, 1984.

CZERNER, Frank, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit?” (1.<sup>a</sup> parte), *ZKJ*, 10, 2012 (374-384).

CZERNER, Frank, “Staatlich legalisierte Kindeswohlgefährdung durch Zulassung ritueller Beschneidung zugunsten elterlicher Glaubensfreiheit?” (2.<sup>a</sup> parte), *ZKJ*, 11, 2012 (433-436).

DARBY, Robert, “Parental Authority, Circumcision and the Child's Right to an open Future: Will the real Dena Davis please stand up?”, 2010 [[http://works.bepress.com/robert\\_darby/1](http://works.bepress.com/robert_darby/1)].

DENNISTON, George C., “The Harm of Circumcision”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (59-68).

DIAS, Augusto Silva, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra: Almedina, s. d.

DIAS, Augusto Silva, “Faz sentido punir o ritual do ‘fanado’? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, *RPCC*, 16 (2), 2006 (187-238).

DIAS, Augusto Silva, *Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, 2.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Lisboa: AAFDL, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009 (1.<sup>a</sup> ed.: 1969).

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, tomo I (*Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*), 2.<sup>a</sup> ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1.<sup>a</sup> ed.: 2004).

DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution* (reimpr.), Oxford University Press, 2005 (1-43).

ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2.<sup>a</sup> ed. revista, Heidelberg: Carl Winter Universität, 1968 (1.<sup>a</sup> ed.: 1953).

ESER, Albin, „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? – Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen», in Bernd Schünemann et al. (eds.), *FS für Claus Roxin zum 70 Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2001 (199-212).

ESER, Albin/STERNBERG-LIEBEN, Detlev, anotação ao § 223, in Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28.<sup>a</sup> ed. revista, München: Beck, 2010 (2007-2038).

ESSER, Josef, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972 (1.<sup>a</sup> ed.: 1970).

EXNER, Thomas, *Sozialadäquanz im Strafrecht – Zur Knabenbeschneidung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011.

FARIA, Paula Ribeiro de, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

FARIA, Paula Ribeiro de, anotação ao art. 143.º (Ofensa à integridade física simples), in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, tomo I (arts. 131.º a 201.º), 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012 (1.<sup>a</sup> ed.: 1999) (298-337).

FATEH-MOGHADAM, Bijan, “Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht”, *RW*, (2), 2010, (115-142). [[http://www.rechtswissenschaft.nomos.de/fileadmin/rechtswissenschaft/doc/Aufsatz\\_ReWiss\\_10\\_02.pdf](http://www.rechtswissenschaft.nomos.de/fileadmin/rechtswissenschaft/doc/Aufsatz_ReWiss_10_02.pdf)].

FATEH-MOGHADAM, Bijan, “Criminalizing Male Circumcision? Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012 – No. 151 Ns 169/11”, *German Law Journal*, 13 (9), 2012 (1131-1145) [<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1464>].

FATEH-MOGHADAM, Bijan, “Strafrecht und Religion im liberalen Rechtsstaat”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (146-159).

FEINBERG, Joel, “The Child’s Right to an Open Future”, in Joel Feinberg, *Freedom & Fulfilment – Philosophical Essays*, Princeton (New Jersey): Princeton University Press 1992 (76-97).

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal – Parte Geral I – A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, reimpr. da 4.<sup>a</sup> ed. de 1992, Coimbra: Almedina, 2010.

FIORE, Carlo, *L’Azione Socialmente Adeguata nel Diritto Penale*, Napoli: Morano, 1966.

FLETCHER, Christopher “Penile Wounding: Complications of Routine Male Circumcision in a Typical American Family Practice”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013.

FOX, Marie/THOMSON, Michael, “Short Changed? The Law and Ethics of Male Circumcision”, *The International Journal of Children’s Rights*, vol. 13, 2005 (161-181) [<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.116.5107&rep=rep1&type=pdf>].

FOX, Marie/THOMSON, Michael, “Reconsidering ‘Best Interests’ – Male Circumcision and the Rights of the Child”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Circumcision and Human Rights*, New York: Springer, 2009 (15-31).

FREEMAN, M. D. A., “A child’s right to circumcision”, *BJUI*, vol. 83, suppl. 1, 1999 (74-78) [<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1464-410x.1999.0830s1074.x/abstract>].



FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado* (trad. de Joaquín Cuello Contreras/José González de Murillo de *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, 1988), Madrid: Marcial Pons, 2004.

GERMANN, Michael, “Die grundrechtliche Freiheit zur religiös motivierten Beschneidung”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (83-97).

GERMANN, Michael, “Die Vorgaben des Grundgesetzes für die Beschneidungsdebatte” (versão pré-publicada),

[[http://www.jura.unihalle.de/lehrestuehle\\_dozenten/lehrstuhl\\_germann/aktuelles/tagung\\_beschneidung/](http://www.jura.unihalle.de/lehrestuehle_dozenten/lehrstuhl_germann/aktuelles/tagung_beschneidung/)].

GESHEKTER, Charles L., “Dangerous Myths and Tragic Misconceptions: Fighting HIV and AIDS Cases in Africa with Male Circumcision Strategies”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Cutting: Protecting Children from Medical, Cultural, and Religious Infringements*, New York: Springer, 2013 (271-284).

GLASS, J. M., “Religious circumcision: a Jewish view”, *BJUI*, vol. 83, supl. 1, 1999 (17-21) [<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1464-410x.1999.0830s1017.x/abstract>].

GOLDMAN, Ronald, *Circumcision – The Hidden Trauma – How an American Cultural Practice Affects Infants and Ultimately Us All* (prefácio de Ashley Montagu) Boston: Vanguard Publications, 1997.

GOLDMAN, Ronald, “The psychological impact of circumcision”, *BJUI* (1999), 83 (supl. 1), 1999.

GOLLAHER, David L., *Circumcision – A History of the World’s most Controversial Surgery*, New York: Basic Books, 2000.

GREENAWALT, Kent, *Private Consciences and Public Reasons*, New York: Oxford University Press, 1995.

HALL, Robert G., “Epispasm – Circumcision in Reverse”, *Bible Review*, vol. 8, n.º 4, 1992 (52-57) [<http://www.cirp.org/library/restoration/hall1/>].

HASSEMER, Winfried, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 1990 (1.<sup>a</sup> ed.: 1984).

HASSEMER, Winfried, “El Principio de Proporcionalidad como Límite de las Intervenciones Jurídico-Penales” (trad. de María Teresa Castiñeira Palou/Ricardo Robles Planas), in Ricardo Robles Planas (ed.), *Límites al Derecho Penal - Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (193-200) [título original: “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe”].

HASSEMER, Winfried, “Zwar & Aber – Zwischenruf zum Beschneidungsrecht”, *ZRP*, 45 (6), 2012 (179-181).

HEIMBACH-STEINS, Marianne, “Religious Freedom and the German Circumcision debate”, RSCAS, 2013 [[http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/26335/RSCAS\\_2013\\_18.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/26335/RSCAS_2013_18.pdf?sequence=1)].

HEINRICH, Manfred, “Elterliche Züchtigung und Strafrecht”, *ZIS*, 6 (5), 2011 (431-443) [<http://www.zis-online.com/?sektion=2&language=ger>].

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung”, *JZ*, 64 (7), 2009 (332–339).

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Religionsfreiheit und Kindeswohl - Wann ist die Körperverletzung durch Zirkumzision gerechtfertigt?”, *ZIS*, 5 (7-8), 2010 (471-475).

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Steht dem biblischen Gebot der Beschneidung ein rechtliches Verbot entgegen?”, *MedR*, 30 (3), 2012 (169-175).

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Die Beschneidung gesetzlich gestatten?”, *ZIS*, 7 (10), 2012 (486-505).

HODGES, Frederick M., “The Ideal Prepuce in Ancient Greece and Rome: Male Genital Aesthetics and their Relation to *Lipodermos*, Circumcision, Foreskin Restoration, and the *Kynodesmē*”, *BHM*, vol. 75, n.º 3, 2001 (375-405) [<http://www.cirp.org/library/history/hodges2/>].

HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? – Ein philosophischer Versuch*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

HÖFFE, Otfried, “Derechos Humanos”, in Otfried Höffe, *Derecho Intercultural* (trad. de Rafael Sevilla), Barcelona: Editora Gedisa, 2000 (165-215).

HOFFMAN, Lawrence, *Covenant of Blood: Circumcision and Gender in Rabbinic Judaism*, Chicago: University of Chicago Press, 1996.

HÖRNLE, Tatjana, “Subsidiariedad como Principio Limitador. Autoprotección” (trad. de Raquel Montaner Fernández), in Ricardo Robles Planas (ed. espanhola), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (87-100).

JEROUSCHECK, Günter, “Beschneidung und das deutsche Recht. Historische, medizinische, psychologische und juristische Aspekte”, *NStZ*, 28 (6), 2008 (313-319).

JORZIG, Alexandra, “Die Zirkumzision im Spannungsfeld zwischen Glaubenstradition und Strafrecht”, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht (ed.), *25 Jahre Arbeitsgemeinschaft – 25 Jahre Arzthaftung – Von der Krähentheorie bis zum groben Behandlungsfehler*, Berlin/Heidelberg: Springer, 2011 (177-186).

JORZIG, Alexandra, “Strafbarkeit der rein religiösen Zirkumzision bei nicht einwilligungsfähigem Jungen”, 2012 [<http://jorzig.de/content/strafbarkeit-der-rein-religi%C3%B6sen-zirkumzision-bei-nicht-einwilligungsf%C3%A4higem-jungen-mit>].

KAUFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito* (prefácio e trad. de António Ulisses Cortês do original *Rechtsphilosophie*, 2.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 19997), 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KÜNST, Renate/BECK, Volker, “Das ist keine Straftat”, *Berliner Zeitung*, 9.7.2012 [<http://www.berliner-zeitung.de/kultur/beschneidungs-debatte-das-ist-keine-straftat,10809150,16572948.html>].

KUNZ, Karl-Ludwig, *Das strafrechtliche Bagatellprinzip – Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

KYMLICKAKY, Will, *Multicultural Citizenship – A Liberal Theory of Minority Rights*, reimpr. da ed. de 1995, Oxford: Clarendon Press, 2011.

LACAN, Jacques, *Le Séminaire – Livre X – L’Angoisse* (texto estabelecido por Jacques-Alain-Miller), Paris: Seuil, 2004.

LACK, Katrin, “Rechtliche Überlegungen zur religiösen motivierten Beschneidung von Jungen im Kindesalter”, *ZKJ*, 9, 2012 (336-343).

LAMEGO, José Alberto, “*Sociedade Aberta*” e *Liberdade de Consciência – O Direito Fundamental de Liberdade de Consciência*, Lisboa: AAFDL, 1985.

LESSIG, Lawrence, “The Regulation of Social Meaning”, *UCLR*, 62 (3), 1995 (943-1045).

LILIE, Hans, “Vom Flügelschlag eines Schmetterlings zum Sturm – Vom Landgericht Köln zu der Debatte über die Beschneidung” (versão pré-public.), 2012. [[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg\\_koeln/j2012/151\\_Ns\\_169\\_11\\_Urteil\\_20120507.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html)].

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador* (19.<sup>a</sup> reimpr.), Coimbra: Almedina, 2011 (1.<sup>a</sup> ed.: 1982).

MACHADO, Jónatas, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva – Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAGLIE, Cristina de, *I Reati Culturalmente Motivati - Ideologie e modelli penali*, Pisa:ETS, 2010.

MERKEL, Reinhard, “Die Haut eines Anderen”, *Süddeutsche Zeitung*, 30.8.2012 [<http://www.sueddeutsche.de/wissen/beschneidungs-debatte-die-haut-eines-anderen-1.1454055>].

MILLER, Geoffrey P., *Circumcision: A Cultural-Legal Analysis*, New York University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Paper Series (Working Paper 6), 1999 [[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=201057](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=201057)].

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (*Direitos Fundamentais*), 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2012.

MOSS, Lisa Braver, “The Jewish Roots of Anti-Circumcision Arguments”, 1991 [<http://www.nocirc.org/symposia/second/moss.html>].

MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966.

NEUMANN, Ulfrid, “El Principio de Proporcionalidad como Principio Limitador de la Pena” (trad. de Pablo Sánchez-Ostiz) in Ricardo Robles Planas (ed. espanhola), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (201-212).

NEUMANN, Daniel, “Bund und Bekenntnis”, *Jüdische Allgemeine*, 24.3.2011 [<http://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/10016>].

NEVES, António Brito, “Do Conflito de Deveres Jurídico-Penal: Uma Perspectiva Constitucional”, *O Direito*, 144 (3), 2012 (673-727).

NEVES, António Brito, “Notas sobre Wittgenstein, Emoções e Direito Penal”, in Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Emoções e Crime – Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2013 (81-110).

NEVES, António Castanheira, *Questão de Facto, Questão de Direito, ou o Problema Metodológico da Juridicidade: Ensaio de uma Reposição Crítica*, 1.º vol. (*A Crise*), Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, António Castanheira, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (1.ª parte), *BFD*, 51, 1975 (115-204).

NEVES, António Castanheira, “A Revolução e o Direito – A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário”, in António Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 1.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (51-239) [originalmente publicado in *ROA*, 35 (Janeiro-Abril), 1975 (23-62), 35 (Maio-Agosto), 1975 (157-186), 35 (Setembro-Dezembro), 1975 (321-416) e 36 (Janeiro-Dezembro) 1976 (5-67)].

NEVES, António Castanheira, “As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica” (2.ª parte), *BFD*, 52, 1976 (95-240).

NEVES, António Castanheira, “A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)”, in António Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (95-180) [originalmente publicado in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, 2.º vol., *BFD* (n.º especial), 1979 (73-184)].

NEVES, António Castanheira, “Fontes do Direito – Contributo para a Revisão do seu Problema”, in António Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 2.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (7-94) [originalmente publicado in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutores Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*, 2.º vol., *BFD* (n.º especial), 48, 1979 (169-285)].

NEVES, António Castanheira, “O Princípio da Legalidade Criminal – O seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático”, in António Castanheira Neves, *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 1.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (349-473) [originalmente publicado in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1.º vol., *BFD* (n.º especial), 1984 (307-469)].

NEVES, António Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, João Curado, *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NIDA-RÜMELIN, Julian, *Über menschliche Freiheit*, Stuttgart: Reclam, 2005.

NIDA-RÜMELIN, Julian, “Gesetzgeber ist bei Beschneidung in der Pflicht”, 2012 [<http://www.dradio.de/dkultur/sendungen/interview/1812578/>].

NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito – Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito* (reed. da ed. de 1987), Coimbra: Almedina, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010 (1.<sup>a</sup> ed.: 2003).

NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis, “Direitos como Trunfos contra a Maioria – Sentido e Alcance da Vocação Contramajoritária dos Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático”, in Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (17-67).

NOVAIS, Jorge Reis, “Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares”, in Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006 (69-116).

OSTEN-SACKEN, Thomas von der / UWER, Thomas, “Is Female Genital Mutilation an Islamic Problem?”, *MEQ*, 14 (1), 2007 (29-36) [[http://www.meforum.org/1629/is-female-genital-mutilation-an-islamic-problem?gclid=CIqutNTi\\_aYCFUVqKgodJk39Zw](http://www.meforum.org/1629/is-female-genital-mutilation-an-islamic-problem?gclid=CIqutNTi_aYCFUVqKgodJk39Zw)].

OSTENDORF, Heribert, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel (zugleich eine Anmerkung zu OLG Hamm NJW 1980, 2537)”, *GA*, 129, 1982 (333-345).

PALIERO, Carlo Enrico, “Note sulla Disciplina dei Reati «Bagatellari»”, *RIDPP*, 23 (3), 1979 (920-991).

PALMA, Fernanda, *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 1990.

PALMA, Maria Fernanda, “Justificação em Direito Penal: Conceito, Princípios e Limites”, in Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/José Manuel Vilalonga (coord.), *Casos e Materiais de Direito Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2004 (109-138) [originalmente publicado em, *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira* (separata da *RFDUL*), Lisboa: AAFDL, 1995 (48-85)].

PALMA, Maria Fernanda, “Do sentido histórico do ensino do Direito Penal na Universidade Portuguesa à actual questão metodológica”, *RPCC*, 9 (3), 1999 (351-447).

PALMA, Maria Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005.

PANG, Myung-Geol/KIM, Sae Chul/ KIM, Ano Daisik, “Male Circumcision in South Korea: History, Statistics, and the Role of Doctors in Creating a Circumcision Rate of Over 100%”, in George C. Denniston et al., *Understanding Circumcision – A Multidisciplinary Approach to a Multi-Dimensional Problem*, New York: Springer, 2001 (61-81).

PEREIRA, Rui, *O Dolo de Perigo (Contribuição para a Dogmática da Imputação Subjectiva nos Crimes de Perigo Concreto)*, Lisboa: Lex, 1995.

PEREIRA, Rui, “Justificação do Facto e Erro em Direito Penal”, in Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/José Manuel Vilalonga (coord.), *Casos e Materiais de Direito Material*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2004 (139-157).



PETERS, Karl, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, in Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans J. Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos (ed.), *FS für Hans Welzel. Zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin/New York: De Gruyter, 1974 (415-429).

PINHEIRO, Jorge Duarte, 3.<sup>a</sup> ed., *O Direito da Família Contemporâneo – Lições*, Lisboa: AAFDL, 2010.

PUTZKE, Holm, “Die strafrechtliche Relevanz der Beschneidung von Knaben. Zugleich ein Beitrag über die Grenzen der Einwilligung in Fällen der Personensorge”, in Holm Putzke/Bernard Hardtung/Tatjana Hörnle/Reinhard Merkel/Jörg Scheinfeld/Horst Schlehofer/Jürgen Seier (ed.), *Strafrecht zwischen System und Telos – FS für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, (669–709).

PUTZKE, Holm, “Juristische Positionen zur religiösen Beschneidung, Besprechung von OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 21.8.2007 (4 W 12/07)”, *NJW*, 61 (22), 2008 (1568–1570).

PUTZKE, Holm, “Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen. Zur Frage der Strafbarkeit des Operators nach § 223 des Strafgesetzbuches”, *MedR*, 26 (5), 2008 (268–272).

PUTZKE, Holm, “Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer”, *MedR*, 30 (10), 2012 (621-625).

REDONDO HERMIDA, Álvaro, “Circuncisión y Delito”, *La Razón*, 26.7.2012 [[http://www.larazon.es/detalle\\_hemeroteca/noticias/LA\\_RAZON\\_475821/8903-circuncision-y-delito-por-alvaro-redondo-hermida#.UHQBbn\\_Cox0](http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_475821/8903-circuncision-y-delito-por-alvaro-redondo-hermida#.UHQBbn_Cox0)].

REYES ALVARADO, Yesid, “Theoretischen Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW*, 105 (1), 1993 (108-136).

RIXEN, Stephan, “Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes”, *NJW*, 66 (5), 2013 (257-262).

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROXIN, Claus, “Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht”, in Claus Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1973 (184-208) [originalmente publicado in *JuS*, 1964 (373-381)].

ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* (trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde), 1.<sup>a</sup> reimpr. da 2.<sup>a</sup> ed. de 2000, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 1.<sup>o</sup> vol. (*Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*), 4.<sup>a</sup> ed., München: Beck, 2006 (1.<sup>a</sup> ed.: 1991).

SAADAWI, Nawal El, *The Hidden Face of Eve – Women in the Arab World*, 2.<sup>a</sup> ed. (Prólogo de Ronak Husni; trad. e ed. de Sherif Hetata), London/New York: Zed Books, 2007 (1.<sup>a</sup> ed.: 1980).

SANDEL, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.<sup>a</sup> ed., New York: Cambridge University Press, 1998 (1.<sup>a</sup> ed.: 1982).

SCHIRATZKI, Johanna, “Banning God’s Law in name of the Holy Body – The nordic position on ritual male circumcision”, *The Family in Law*, 5, 2011 (35-53).

SCHRAMM, Edward, *Ehe und Familie im Strafrecht – Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

SCHWARZ, Kyrill-A., “Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung”, *JZ*, 63 (23), 2008 (1125-1129).

SCHWARZ, Kyrill-A., “Die aus religiösen Gründen gebotene Beschneidung und das Verfassungsrecht”, in Johannes Heil/Stephan J. Kramer (ed.), *Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik – Zur Debatte um das Kölner Urteil*, Berlin: Metropol, 2012 (98-114).

SEHER, Gerhard, ¿Puede ser «Subsidiario» el Derecho Penal? Aporías de un Principio Jurídico «Indiscutido» (trad. de Juan Pablo Montiel) in Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (129-144).

SILVA SÁNCHEZ, “Circuncisión Infantil”, *InDret* (1), 2013  
[[http://www.indret.com/pdf/editorial.2\\_6.pdf](http://www.indret.com/pdf/editorial.2_6.pdf) – 15/06/2013].

STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat*, 6.<sup>a</sup> ed. revista, München: Vahlen, 2011.

SWATEK-EVENSTEIN, Mark, “Das beschnittene Recht - Dürfen Eltern ihre Söhne beschneiden lassen – oder verstoßen sie damit gegen das Strafgesetzbuch?”, *Jüdische Allgemeine*, 18.02.2010  
[<http://www.juedische-allgemeine.de/article/view/id/5375>].

TAVARES, Gonçalo M., *O Senhor Kraus* (desenhos de Rachel Caiano), Lisboa: Caminho, 2005.

TAYLOR, Charles, “The Politics of Recognition”, in Amy Gutmann (ed. e introd.), *Multiculturalism – Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, 1994 (25-73).

VELOSO, José António, *Erro em Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL, 1999.

WALTER, Tonio, “Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative”, *JZ*, 67 (22), 2012 (1110-1117).

WARREN, John, “Physical Effects of Circumcision”, in George C. Denniston et al. (ed.), *Genital Autonomy: Protecting personal Choice*, New York: Springer, 2010.

WELZEL, Hans, “Naturrecht und Rechtspositivismus” in Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: De Gruyter, 1975 (274-287).

WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, in Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: De Gruyter, 1975 (120-184).

WOHLERS, Wolfgang, “Derecho Penal como *Ultima Ratio*. ¿Principio Fundamental del Derecho Penal de un Estado de Derecho o Principio sin un Contenido Expresivo Propio?” (trad. de Nuria Pastor Muñoz) in Ricardo Robles Planas (ed. española), *Límites al Derecho Penal – Principios Operativos en la Fundamentación del Castigo*, Barcelona: Atelier, 2012 (109-128).